DER
VERMÖGENSNIESSBRAUCH
NACH RÖMISCHEM RECHT UND NACH DEM RECHT DES B. G. B.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

GROSSHERZOGLICHEN LANDESUNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

MAX SIMON

REFERENDAR.

BERLIN 1903.

DRUCK VON CARL ROSEN, BERLIN SW. 19, BEUTH-STRASSE 2.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0141

Herrn Martin Wolff

in Dankbarkeit zugeeignet.

Inhalt.

Einleitung § 1.

Allgemeiner Teil.

I. Geschichtliche Entwickelung §§ 2—3.
   a) Die Zeit bis zu dem Senatsbeschluss über den Niessbrauch am ganzen Vermögen § 2.
   b) Der Senatsbeschluss und die weitere Entwickelung § 3.
II. Begriff und Wesen des Vermögensniessbrauchs § 4.

Besonderer Teil.

A. Römisches Recht.

I. Entstehung des Vermögensniessbrauchs § 5.
II. Umfang der Leistungspflicht des Bestellers § 6—11.
   1. Die Befugnis des Bestellers zum Schuldenabzug § 6—8.
      A. Im allgemeinen
         a) bei dem Niessbrauch am ganzen Vermögen § 6.
         b) bei dem Niessbrauch an einer Vermögensquote § 7.
      B. Bestimmung der abzuziehenden Schulden § 8.
   2. Umfang des nach Abzug der Schulden verbleibenden Vermögens § 9—10.
      a) Der für die Berechnung massgebende Zeitpunkt § 9.
      b) Begrenzung des Niessbrauchs auf die niessbrauchsfähigen Gegenstände § 10.
   3. Verteilung der zwischen dem Erbschaftsantritte und der Kautionsleistung fällig werdenden Früchte des Niessbrauchsvermögens § 11.
III. Form der Leistung § 12—13.
   a) Verpflichtung des Erben zur Ueberlassung des Niessbrauchs an den Vermögensgegenständen selbst § 12.
   b) Auswahl der zurückzubehaltenden Gegenstände § 13.
IV. Regelung der Schuldenhaftung § 14.
V. Der Erwerb des Vermögensniessbrauchs durch Vermächtnis § 15—16.
   a) Zeit des Erwerbs § 15.
   b) Art des erworbenen Rechts § 16.
VI. Rechte und Pflichten des Vermögensniessbrauchers § 17.
VII. Wesen und Bedeutung der Kaution für den Vermögensniessbrauch § 18—22.
   a) Allgemeines § 18.
   b) Ist die Kaution dem Vermögensniessbrauch wesentlich? § 19.
   c) Kann die Kaution erlassen werden? § 20.
   d) Die Bedeutung der Kaution § 21.
   e) Rechtsmittel des Kautionsberechtigten § 22.

VIII. Beendigung des Vermögensniessbrauchs und Restitution des Niessbrauchsvermögens § 23.
IX. Ueber den Niessbrauch des Vaters am peculium adventic. regulare § 24.

B. Recht des B. G. B.

I. Verhältnis des B.G.B. zum römischen Recht § 25.
II. Entstehung des Vermögensniessbrauchs § 26.
III. Umfang der Leistungspflicht des Bestellers § 27.
IV. Form der Leistung § 28.
V. Regelung der Schuldenhaftung § 29—34.
1. Ansprüche der Gläubiger
a) gegen den Besteller § 29.
b) gegen den Niessbraucher
α) beschränkte Haftung desselben § 30.
β) persönliche Haftung desselben § 31.
2. Verhältnis zwischen Besteller und Niessbraucher
a) Rechte des Bestellers gegenüber dem Niessbraucher § 32.
b) Berechtigung des Niessbrauchers zur Schuldentilgung § 33.
c) Verpflichtung des Niessbrauchers zur Schuldentilgung gegenüber dem Besteller § 34.
VI. Rechte und Pflichten des Vermögensniessbrauchers § 35.
VII. Beendigung des Vermögensniessbrauchs und Restitution des Niessbrauchsvermögens § 36.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

1. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl. 1886.
2. Biermann, J., Das Sachenrecht des B.G.B., 1898.
3. Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, 1879.
4. Böcking, Pandekten, 2. Aufl. 1853.
5. Cuiacius, Comment. ad pandectas; opera, Prati 1836 ff. tom. VII.
6. v. Blume, W., Die Uebertragung des Niessbrauchs in Iherings Jahrb. Band 34, 1895.
7. Brinz, A., Pandekten, 2. Aufl. 1873.
8. Bunsen, Fr., Einführung in das B.G.B., 1897.
9. Burg, Der Erwerb des Legatars aus dem Vermächtnisse des Niessbrauchs im Archiv f. prakt. Rechtswissensch., neue Folge, Bd. XIV, 1886.
10. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch, 1880.
11. Castillo, Sotomayor Tractatus de usufructu, 1604.
12. Cosack, K., Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, 3. Aufl. 1901.
13. Delbrück, B., Uebernahme fremder Schulden, 1853.
14. Denkschrift des Bundesrats zum Entwurf eines B.G.B.
15. Dernburg, H., Pandekten, 6. Aufl. 1900.
16. Dernburg, H., Preuss. Privatrecht, 5. Aufl. 1894.
17. Dernburg, H., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Peussens, 2. Aufl. 1901.
18. Duncker, Bemerkungen über den Niessbrauch an Forderungen im Archiv f. prakt. Rechtsw., Bd. VI, 1859.
19. Elvers, Die römische Servitutenlehre.
20. Frank, C., Ueber den uneig. Niessbrauch an körperlichen Sachen, Dissertation, Göttingen 1889.
21. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 7. Aufl. 1900.
22. Galvanus, De usufructu dissertationes variae, 1650.
23. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, bes. Bd. 9.
24. Greiff, Ueber den Entwurf des B.G.B. in Conrads Jahrb., 3. Folge, Bd. VII.
25. Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht, 1879.
26. Heimbach, Art.: „Niessbrauch" in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 11.
27. Held, Die Lehre vom ususfructus eorum, quae usu consumuntur vel minuuntur, Würzburg 1848.
28. Hellwig, K., Anspruch und Klagrecht, 1900.
29. Heymann, Der Niessbrauch an Forderungen, Diss., Erlangen 1896.
30. Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach röm. Recht, 1838.
31. Hugo, G., Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, 2. Aufl. 1802.
32. Kober, K., Sachenrecht des B.G.B. im Kommentar von Staudinger, 1898.
33. Kuntze, J. E., Der servus fructuarius, 1889.
34. Kohler, J., Der Dispositionsniessbrauch in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. XXIV, 1886.
35. Lahovari, G. J., De usufructu bonorum, Diss., Berlin 1848.
36. Luden, Die Lehre von den Servituten, 1837.
37. Mansbach, Der Niessbrauch an Forderungen, 1880.

38. Marezoll, Revision der Lehre v. d. sogenannten Adventicien in Lindes Zeitschr. für Civilr. und Prozess, Bd. VIII, 1835.
39. Meissner, J., Das Sachenrecht, Kommentar z. 3. Buch d. B.G.B., 1901.
40. Molitor, J. P., La possession et les servitudes en droit romain im „Cours de droit romain", 2ème édit. 1868.
41. Motive zum 1. Entwurf eines B.G.B., bes. Bd. III.
42. Noodt, G., De usufructu libri II. Neap. 1786. Opera omn. tom. II.
43. Pernice, A., Kritik des Werkes: „Ueber das Vermögen etc." von Birkmeyer in der Krit. Vierteljahrsschr., Bd. III, 1880.
44. Pilch, Der Niessbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien nach dem Recht des B.G.B., Diss., Erlangen 1897.
45. Planck, G., Kommentar zum B.G.B., 1. u. 2. Aufl. 1901.
46. Protokolle über die Beratungen der zweiten Kommission für den Entwurf eines B.G.B.
47. Puchta, Ueber die Zeit des S.C., betreffend den ususfructus omnium rerum quae in bonis sunt im Rhein. Museum für Jurispr., Bd. III.
48. Rosshirt, Die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Recht, 1835.
49. Schönemann, Die Servituten.
50. Scipionis Gentilis opera II, 1763.
51. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 4. Aufl. 1860.
52. Stammler, Der Niessbrauch an Forderungen, 1880.
53. Steinberger, Ueber den usus fructus nominis in der Zeitschr. für Civilr. und Prozess, N. F., Bd. XI., 1854.
54. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl. 1893/98.
55. Voet, Commentarii ad pand. lib. VII.
56. Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl. 1900.
57. Zais, Ueber den Verzicht beim Niessbrauch, Diss., Erlangen 1895.
58. Zielonacki, Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach röm. Recht, 1849.

Einleitung.

§ 1.

Der Vermögensniessbrauch, mit dem sich die vorliegende Arbeit beschäftigt, hat weder in den Quellen des römischen Rechts noch in der gemeinrechtlichen Litteratur eine seiner wirtschaftlichen Bedeutung entsprechende Behandlung erfahren. In der Justinianischen Kodifikation finden wir die Vorschriften über unseren Gegenstand durch das ganze Werk hin zerstreut, und von den Rechtsgelehrten hat ihn, soweit ich sehe, nur Bürkel in seiner Schrift „Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch" ex professo behandelt, ohne jedoch infolge der Beschränkung auf das Vermögensniessbrauchs*vermächtnis* eine erschöpfende Darstellung zu geben.[1]) Das B.G.B. hat auch in dieser Materie die meisten der durch die Dürftigkeit der Quellen entstandenen Streitfragen entschieden, indem es den Vermögensniessbrauch hinsichtlich der für ihn besonders in Betracht kommenden Verhältnisse systematisch regelte und im Verein mit seinen allgemeinen Vorschriften eine zweckentsprechende Behandlung des Vermögensniessbrauchs ermöglichte. Aber auch das B.G.B. hat es nicht vermocht, alle Einzelheiten so zu bestimmen, dass ein Streit über dieselben ausgeschlossen wäre, sondern auch heute noch herrscht bezüglich manches Punktes Zweifel. Da jedoch dieser Zweifel sich auf wesentlich andere Fragen erstreckt als im römischen Recht, so empfiehlt sich eine besondere Behandlung des Instituts nach römischem Recht und nach dem Recht des B.G.B.

---

[1]) Ein eignes Kapitel, in welchem er einige der bedeutendsten hierher gehörigen Fragen erörtert, widmet dem ususfr. omn. bon. G. Noodt, 1786, de usufructu lib. I. cap. XXIII S. 174. Im übrigen finden sich einzelne Abschnitte unserer Lehre in Werken über Servituten, über gewisse Arten des Niessbrauchs, sowie in den Pandektenlehrbüchern in wenig eingehender Weise behandelt. Die Schrift von Lahovari „de usufr. bonorum" behandelt nicht den Vermögensniessbrauch, sondern den von L. wenig zutreffend mit us. omn. bonum bezeichneten quasiusufructus.

Allgemeiner Teil.

I. Geschichtliche Entwickelung.

§ 2.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass das Institut des Niessbrauchs seine Wurzel in familien- und insbesondere erbrechtlichen Beziehungen hat. (Vgl. Steinberger S. 154, Elvers S. 16 f., Hanausek S. 1, Held S. 15 f., Luden S. 192 f.) Das geht zunächst unzweideutig aus den Quellen hervor, die, wenn sie vom ususfructus sprechen, fast ausschliesslich den durch Legat entstandenen im Auge haben[1]) und die Errichtung desselben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichsam als Ausnahme ansehen.[2]) Dann aber weist die Natur des Niesbrauchs selbst darauf hin, dass letztwillige Verfügungen die Grundlage desselben sind. (Windscheid S. 916.) Denn der wirtschaftliche Zweck des Niessbrauchs, dem einen die Substanz der Sache, dem anderen den lebenslänglichen Genuss derselben zuzuwenden, wird von dem Erblasser sehr häufig erstrebt werden, während der Verkehr unter Lebenden selten das Bedürfnis zu einer solchen Regelung der Verhältnisse empfinden wird.

Das Bestreben des Testators, über seinen Nachlass in der bezeichneten Weise zu verfügen, zeigte sich in Rom schon in früherer Zeit darin, dass der Ehemann seiner ihn überlebenden Frau den Niessbrauch an seinem Vermögen vermachte, während er das Eigentum[3]) an demselben seinen Kindern zuwandte. Die unbeschränkte Testierfreiheit, die von den zwölf Tafeln durch den Satz: „Uti legassit suae rei, ita ius esto" eingeführt worden war (vgl. Noodt S. 174), gab dem Erblasser Gelegenheit, seinen Willen betreffs des Schicksals seines Vermögens genau zu bestimmen. Und es ist zweifellos, dass in Rom von diesem Rechte der ausgiebigste Gebrauch gemacht wurde. Bei der strengen Geschlossenheit der altrömischen

---

[1]) Vgl. l. 3, 6 pr. l. 7, 9, 12 § 1, l. 13, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 41 etc. Dig. VII, 1; tit. Dig. de usufr. accr. VII, 2; l. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10 etc. Dig. VII, 5; l. 24, 43, 47, Dig. de auro, argent. etc. XXXIV, 2.

[2]) tit. Inst. II, 4: „Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque plurimis modis accidit, ut ecce si quis alicui usumfr. *legaverit*..... .... sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet."

[3]) Dieser Ausdruck ist hier natürlich im weitesten Sinne zu verstehen.

Agnatenfamilie lag es dem Testator am Herzen, sein Vermögen dem Familienstamme zu erhalten, andererseits aber wollte er der Frau die Stellung, die sie bisher eingenommen hatte, belassen. (Vgl. v. Blume in Iher. Jahrb. Bd. 34 S. 281 ff., Berth. Haase in Iher. Jahrb. Bd. 36 S. 249 ff., Lahovari S. 9.) Dies aber erreichte er am besten dadurch, dass er ihr den Vermögensniessbrauch vermachte. Es vermittelte also hier der Niessbrauch (v. Blume S. 286) „zwischen dem Interesse der Familie, das Erhaltung des Vermögens für den Familienstamm forderte, und dem Interesse des einzelnen, der Anteil an dem Familienvermögen begehrte. Er will der Familie die Substanz sichern, demjenigen Familiengliede aber, das zur Erhaltung des Stammes nicht beiträgt, ... den Lebensunterhalt gewähren." Noch häufiger mussten diese Legate des Niessbrauchs am ganzen Vermögen werden, als durch die lex Julia et Pappia Poppaea die Erbeinsetzung kinderloser Ehegatten untereinander auf ein Minimum reduziert wurde. (Vgl. Frank S. 2.)[1])

Die ersten Nachrichten über das Vermächtnis des Niessbrauchs an einem ganzen Vermögen finden sich bei Cicero in der Rede pro Caecina c. IV. § 11[2]) und in den topica cap. III § 17. (Held S. 16, Lahovari S. 9, Elvers S. 19.)[3]) Es geht hieraus hervor, dass der Niessbrauch an einem ganzen Vermögen schon damals nichts Ungewöhnliches war. Aber der Niessbrauch umfasste zu dieser Zeit nur die unverbrauchbaren Sachen, die in dem Vermögen enthalten waren, da nur an ihnen zur Zeit Ciceros ein ususfructus möglich war[4]), der ususfructus an verbrauchbaren Sachen aber erst durch ein Senatskonsult, über das wir sogleich sprechen werden, eingeführt ist. Dieser Umstand mag in einer Zeit, in der das Vermögen des römischen Bürgers fast ausschliesslich aus seinem Grund und Boden und den zur Bewirtschaftung desselben nötigen unverbrauchbaren Sachen bestand, wenig Bedeutung gehabt haben. Als sich aber später infolge der Ausdehnung des Verkehrs Handel und Kreditwesen immer mehr erweiterten, so dass manches Vermögen ausschliesslich aus Geld und Forderungen bestand, da war es unmöglich, den Niessbrauch an einem Vermögen auf die unverbrauchbaren Sachen zu beschränken.

---

[1]) Vgl. darüber S. 15 ff.

[2]) „Moritur Fulcinius — — testamento facit heredem, quem habebat e Caesennia filium: *usumfructum omnium bonorum* suorum Caesenniae legat, ut frueretur una cum filio."

[3]) „Non debet ea mulier, cui vir *bonorum suorum usumfructum* legavit, cellis vinariis et olearis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est. Ea sunt inter se contraria."

[4]) Vgl. Seite 12 ff.

§ 3.

Diese notwendige Konsequenz aus der Entwickelung der wirtschaftlichen Verhältnisse zog das bereits erwähnte senatus consultum, indem es durch die Bestimmung „ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, possit ususfructus legari" den Niessbrauch an einem ganzen Vermögen erst wirklich ermöglichte.[1])

Die Zeit, in der dieses namenlose S.C. erlassen worden ist, lässt sich nach den uns darüber berichteten kurzen Notizen mit Sicherheit nicht feststellen. Zweifellos ist nur, dass dasselbe nicht vor Cicero und nicht nach Tiberius gegeben sein kann (Held S. 21, Hanausek S. 9, Heymann S. 12); vor Cicero nicht, weil bei diesem Schriftsteller zuerst der ususfr. omn. bon. erwähnt wird, nach Tiberius nicht, weil Cassius und Nerva das S.C. bereits erwähnen und interpretieren (l. 3 D. VII, 5), von denen der erste unter Tiberius Konsul, der letzte ein Vertrauter des Tiberius gewesen ist (l. 2 § 47 Dig. I, 2). (Noodt S. 167.) Wann aber innerhalb dieser Zeit der Senatsbeschluss ergangen ist, darüber herrscht Streit, besonders seit in neuerer Zeit Puchta und mit ihm Held, Elvers Heimbach (Puchta im Rh. Museum Bd. 3 S. 81 f., Held S. 17, 20, Elvers S. 580, Heimbach in Weiskes Rechtslex. Bd. 9 S. 942), aus anderen Gründen auch Lahovari (Lahovari S. 13 f.) die Möglichkeit ausgesprochen haben, dass das S.C. zur Zeit Ciceros bereits vorhanden war. Puchta folgert seine Ansicht aus der S. 11 Anm. 1 angeführten Stelle der „topica" Ciceros, indem er dieselbe folgendermassen übersetzt:

> „Wenn der Frau der ususfructus bonorum hinterlassen worden ist, so darf sie nicht glauben, dass die verbrauchbaren Sachen ihr gehören, wie wenn sie dieselben gezogen hätte; sie sind vielmehr Gegenstand des ususfructus."

Diese Auslegung der Stelle, der in neuester Zeit auch Kohler (Kohler in Iher. Jahrbüchern Bd. 24 S. 235) beigetreten ist, trifft m. E. nicht zu; es lässt sich vielmehr mit Hugo, Bürkel, Brinz, Böcking, Galvanus, Castillo, Noodt, Voet u. a. (Hugo S. 507, Bürkel S. 31 f., Brinz I. S. 782, Böcking S. 256 Anm. 6, Galvanus S. 14 f., Castillo S. 432, Noodt S. 124, 167, Voet S. 384 ad VII, 5) aus ihr schliessen, dass Cicero den Niessbrauch an verbrauchbaren

[1]) l. 1 Dig. de usufr. VII, 5. Vgl. über das S.C. weiter § 2 Inst. II, 4; l. 5 Dig. VII, 5; l. 12 Dig. VII, 9; l. 24 Dig. 33, 2; l. 69 Dig. 35, 2; l. 1 Cod. III, 33; Ulpian XXIV, 27; l. 1 pr. D. 33, 2.

Sachen noch nicht anerkannt hat[1]) und dass daher das S.C. zu seiner Zeit noch nicht bestanden haben kann.[2]) Puchta stützt seine Ansicht hauptsächlich auf die Bedeutung des Ausdrucks „id pertinere ad se", der, wie er behauptet, hier nur sagen könne, dass die Vorräte der Frau nicht wie von ihr percipierte Früchte als freies Eigentum gebühren. Aber da das Verbum „pertinere", wie er selbst zugiebt und wie auch in l. 181 D. 50, 16 ausdrücklich gesagt ist (verbum illud „pertinere" latissime patet), eine sehr verschiedene Bedeutung haben kann, so ist es schon aus diesem Grunde misslich, aus der Anwendung desselben Schlüsse ziehen zu wollen. (Vgl. darüber Bürkel S. 32/33.) Es hat vielmehr der Ausdruck „res non pertinet ad usumfructuarium" an sich nur die Bedeutung: die Sache steht zu dem Usufructuar in keiner rechtlichen Beziehung. Wenn es also, wie in unserer Stelle, ohne einen Zusatz, der die Art des Zugehörens deutlich macht, gebraucht wird, so geht daraus eben hervor, dass jede Art des Zugehörens ausgeschlossen wird, d. h. dass die Oel- und Weinvorräte der Frau weder als Früchte noch als Niessbrauchsgegenstand zukommen. Wenn Puchta sagt, „pertinere" werde in dem Digestentitel de usufructu zur Bezeichnung derjenigen Sachen gebraucht, die dem Usufructuar auf Grund seines Rechts als Erzeugnis zufallen, und wenn er dann fortfährt: „Wenn wir nun diese Bedeutung des Ausdrucks auf unsere Stelle anwenden, und wir sind um so mehr dazu berechtigt, als sie wirklich von Früchten, vinum et oleum, spricht . . . .," so trifft das nicht zu. Denn Wein und Oel kommen hier, wie Bürkel richtig bemerkt (Bürkel S. 32 f.), nicht als Früchte in Betracht, sondern als selbständige Gegenstände des Niessbrauchs[3]), „ohne Rücksicht auf ihre frühere Verbindung". Es kann also auch mit der von Puchta behaupteten Bedeutung des „pertinere" hier nicht argumentiert werden.

Gegen Puchta spricht endlich noch der Schlussatz der Stelle: „Usus enim, non abusus legatus est." (Lahovari S. 12, Bürkel

[1]) Vgl. Voet a. a. O.: „Nec mirum, nondum quippe condito S.Co. quoad res, quae usu consumuntur, ususfructus porrectus fuit."

[2]) Noodt S. 174: „Illud quaeri potest, quid eo legato (sc. ususfr. omn. bon.) contineatur; et si quidem ad ius civile respicimus, verius est, quod de suis temporibus attestatur *Cicero topicis* cap. III. *omnium dumtaxat rerum* quarum *salva substantia* utendi fruendi potest esse facultas legatum esse usumfructum."

[3]) Richtig bemerkt Böcking a. a. O. hierzu: „So (nämlich wie Puchta will) konnte Cicero nicht schreiben, wie er geschrieben hat, auch wenn er es für nötig gehalten hätte, die Frau zu belehren, dass die bei des Mannes Tode in desen Kellern liegenden Vorräte nicht von ihr percipierte Früchte seien."

S. 37.) Denn „abusus“ bezeichnet in den Quellen jeden Verbrauch und nicht etwa nur denjenigen, den der Usufructuar mit den von ihm percipierten Früchten vornimmt. Werden doch die verbrauchbaren Sachen, die den Gegenstand des quasiususfructus bilden, „res, quae in *abusu* consistunt (l. 5 § 1 D. VII, 5) genannt. Nehmen wir diese Bedeutung von „abusus“ in unserer Stelle an — und wir haben keinen Grund, es nicht zu thun —, so geht daraus unzweifelhaft hervor, dass der durch den Senat eingeführte uneigentliche Niessbrauch und mit ihm der Niessbrauch auch an dem Teile des Vermögens, der in verbrauchbaren Sachen bestand, noch nicht eingeführt war. (Vgl. Castillo S. 432, Noodt S. 167, Galvanus S. 14.)[1])[2])

Aber selbst wenn man die von Puchta angenommene Bedeutung der Stelle als richtig anerkennt, so geht daraus doch nicht etwa hervor, dass das S.C. zu Ciceros Zeit schon bestanden hat. Denn wenn dies der Fall gewesen wäre, so hätte die Frau an den ihrem Niessbrauche unterliegenden verbrauchbaren Sachen Eigentum erlangt. Das aber wird, wie auch Puchta zugeben muss, von Cicero ausdrücklich verneint. (Kohler, a. a. O. S. 235.) Falsch ist daher auch, da sich ein Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen nicht anders denken lässt und die Quellen expressis verbis sagen (Inst. II, 4), der quasiususfructus sei durch das S.C. eingeführt worden, die Bemerkung von Held (S. 17): „Es scheint daher schon zu Ciceros Zeiten der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen vorgekommen zu sein, wenigstens insofern diese in einem zum Niessbrauch bestellten resp. vermachten Vermögen begriffen waren.“[3])

---

[1]) Vgl. Noodt a. a. O.: „Quando autem id (S.C.) factum sit, non est facile dictu, unum liquet, non descentere ad tempora Ciceronis in top. c. III. nullum adgnoscentis usumfructum rerum, quarum abusus sit.“

Vgl. auch Galvanus a. a. O.: „Ergo antiquioribus iurisprudentiae temporibus constat usumfructum non fuisse duplicem sed unium, eumque verum, cum quasiususfructus esset omnino incognitus; nam cum ususfructus in utendo fruendoque consisteret, consequens erat, ut ususfructus nullus cadere posset in illis rebus, quarum usus cum abusu coniungitur, uti enim ac abuti sunt contraria, *ut docet in topicis M. Tullius.*

[2]) Nach der Bedeutung, die wir der Stelle geben, können wir auch der Ansicht Kohlers, der der Frau den von ihm treffend sogenannten Dispositionsniessbrauch an den Vorräten zuerkennt, nicht zustimmen.

[3]) Die Ansicht Lahovaris, der aus der Erwähnung eines ususfr. omn. bon. in Ciceros Rede pro Caecina den Schluss zieht, dass das S.C. kurze Zeit vor dieser Rede, also etwa im Jahre 74 v. Chr. entstanden sei, ist von Bürkel S. 38 treffend zurückgewiesen worden mit dem Hinweis darauf, dass „das Vorkommen der Legierung des Niessbrauchs am sämtlichen Vermögen nichts für das Alter des S.C. beweise.“ L.'s Ansicht hat auch keinen Anklang gefunden.

Geht demnach aus der Stelle der „topica“ hervor, dass das S.C. dem Cicero noch unbekannt war, so ist es auch unwahrscheinlich, dass es noch zur Zeit der Republik erlassen worden ist. Denn in dieser Periode fand die Feststellung von Rechtssätzen höchst selten durch den Senat statt, wurde vielmehr vom Volke durch leges und plebiscita ausgeübt. (Heimbach in W. Rechtsl. Bd. 9 S. 942.)[1])

Nach alledem ist mit ziemlicher Sicherheit anzunehmen, dass das S.C. in der ersten Kaiserzeit entstanden ist (Steinberger S. 156, Windscheid S. 928, Birkmeyer S. 12, Hoffmann S. 173, Böcking S. 256)[2]), ob unter Augustus, wie Galvanus, Molitor u. a. (Galvanus S. 15, Molitor S. 597, Luden S. 105) wollen, oder unter Tiberius, wie Glück und Rosshirt (Glück a. a. O. S. 388, Rosshirt Bd. II S. 170) behaupten, kann mit Sicherheit nicht erkannt werden.

Von Wichtigkeit ist nur noch die Stellung unseres S.C. zu der im Jahre 8 n. Chr. von Augustus erlassenen lex Julia et Pappia Poppaea. Diese lex beschränkte, um der in volkswirtschaftlicher Hinsicht bedenklichen Beschränkung der Kinderzahl entgegenzutreten, die Kapazität kinderloser Ehegatten untereinander. Sie bestimmte zu diesem Zwecke unter anderem in einem Teile, der gewöhnlich „leges decimariae“ genannt wird, dass sich kinderlose Ehegatten untereinander nur auf $^1/_{10}$ des Vermögens als Erben einsetzen und im übrigen sich nur den Niessbrauch an einem Drittel des Vermögens hinterlassen dürften.

„Vir et uxor inter se maptimonii nomine decimam capere possunt ..... praeter decimam etiam usumfructum tertiae partis bonorum capere possunt ....“ (Ulpian fr. XXV tit. de decimis.) Die herrschende Meinung (Vgl. Held S. 18, Stammler S. 115/116, Molitor S. 397, Zielonacki S. 121, Heymann S. 13, Hoffmann S. 173) nimmt nun m. E. mit Recht an, dass die l. Julia et Papp. Popp. das S.C. über den Niessbrauch an allem, was im Vermögen ist, erst nötig gemacht und daher im Gefolge gehabt

---

[1]) Vgl. Galvanus S. 75: „Igitur in eis (sc. rebus quae usu consumuntur vel minuuntur) olim admissus non fuit ususfructus, *quo iure usi sunt Romani toto tempore publicae libertatis,* quamobrem Cicero, qui vixit ob ultimum eius excidium, ita loquitur in top. c. III: „Non debet etc.“

[2]) Der Grund, den Elvers (S. 580) dafür anführt, dass das S.C. nicht über die Kaiserzeit hinausreiche, dass nämlich „die klassische Jurisprudenz sich so vielfach auf das S.C. beruft und dasselbe also noch als ein äusseres Faktum in regem Bewusstsein tragen musste, wie es schwerlich der Fall gewesen sein würde, wenn dasselbe einer lange vergangenen Zeit angehört hätte“, beweist an sich nichts, kann aber zur Unterstützung der ohnehin richtigen Ansicht dienen.

habe.[1]) Denn einerseits war die Bestellung des Niessbrauchs am Drittel des Vermögens nach den alten Regeln über den eigentlichen Niessbrauch dann nicht möglich, wenn nicht ein entsprechender Teil des Vermögens in unverbrauchbaren Sachen bestand. Andererseits ist es mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Ehegatten, da sie sich das Eigentum ihres Vermögens nicht zuwenden konnten, doch wenigstens insofern die Bestimmungen der l. Julia et Pap. Popp. zu umgehen versuchten, als sie sich den Niessbrauch am ganzen Vermögen vermachten. Dass das S.C. den Zweck verfolgte, die Vorschriften der l. J. et P. P. möglichst einzuschränken, ist um so wahrscheinlicher und natürlicher, als zweifellos das mit grosser Mühe durchgesetzte Gesetz des Augustus schon bei seiner Erlassung auf heftigen Widerstand seitens der Betroffenen stossen musste.

Gegenüber dieser herrschenden Ansicht behauptet Bürkel (Bürkel S. 26 ff.), „es sei im Gegenteil wahrscheinlicher, dass der Senatsbeschluss nach der l. J. et P. P. überflüssig gewesen wäre. Dass man aber ein überflüssiges Gesetz gegeben habe, sei nicht anzunehmen."

Die Gründe, die Bürkel für seine Ansicht anführt, scheinen mir jedoch nicht stichhaltig zu sein. (Gegen Bürkel auch Stammler S. 1, jedoch ohne Angabe von Gründen.) Bürkel glaubt, da der Niessbrauch an einem Drittel des Vermögens unter Umständen notwendig auch die verbrauchbaren Sachen ergreifen müsse, so ergebe sich „aus dem Wortlaut der Verfügung nicht bloss der ökonomische Ansatz, sondern auch die Art der Realisierung. Wäre daher der uneigentliche Niessbrauch nicht schon eingeführt gewesen, so hätte die Jurisprudenz und die Praxis nicht zögern dürfen, in der fraglichen Bestimmung die Verleihung der Niessbrauchsfähigkeit an alle Vermögensgegenstände zu erblicken." Aber diese Tendenz lag doch der l. J. et P. P. vollständig fern; es wäre merkwürdig, wenn ein Gesetz, das die Vermächtnisse unter kinderlosen Ehegatten möglichst zu beschränken suchte, zugleich die Möglichkeit der Bestellung des Niessbrauchs am ganzen Vermögen einführte. (Vgl. Frank S. 3.) Im Gegenteil ist es viel wahrscheinlicher, dass die l. J. et P. P. ein Drittel des Niessbrauchs an dem

[1]) Vgl. Molitor a. a. O.: „Un changement dut nécessairement s'opérer en cette matière par l'effet de la loi Papia-Poppéia. Cette loi défendit entre époux les dispositions pour cause de mort qui portaient sur tout le patrimoine....; elle devait donc rendre fréquentes les dispositions concernant l'usufruit de tout un patrimoine et par suite provoquer les dispositions législatives ultérieures touchant les droits de l'usufruitier sur les choses consomptibles."

Vermögen nur, soweit es in unverbrauchbaren Sachen bestand, im Auge gehabt habe und dass erst durch das S.C. auch die verbrauchbaren Sachen hinzugenommen wurden. Die Schwierigkeiten, die sich dadurch ergeben konnten, dass unverbrauchbare Sachen in Höhe von einem Drittel des Vermögens nicht vorhanden waren, sind eher ein Beweis dafür, dass die Hebung dieser Schwierigkeiten einer der Gründe zur Entstehung des S.C. war, als dass sie das S.C. bereits voraussetzen. Auch die Bemerkung Bürkels (Bürkel S. 30), es sei unwahrscheinlich, „dass die Bestimmungen des von Augustus unter so vielen Schwierigkeiten durchgesetzten und begünstigten Gesetzes so bald durch den Senatsbeschluss hätten teilweise aufgehoben sein sollen", ist nicht zutreffend. Im Gegenteil ist gerade der Umstand, dass die lex J. et P. P. unter so grossem Widerstand durchgesetzt wurde, ein Argument dafür, dass man sie möglichst zu umgehen und unwirksam zu machen suchte.

Streitig wie die Zeit ist auch der Inhalt des Senatsbeschlusses. Sicher ist nur, dass er den Zweck hatte, das Vermächtnis des Niessbrauchs an einem ganzen Vermögen zu ermöglichen und dass er zu diesem Zwecke gestattete, „ut omnium, *quae in bonis sint,* ususfructus legari possit". Diese Inhaltsangabe des S.C., die Paulus in l. 1 D. 33, 2 giebt, scheint genauer zu sein als die des Ulpian, der von den „res, quae in patrimonio sunt" spricht (l. 1 D. VII, 5), da es dem ersteren bei der Frage, ob auch eine Prädialservitut zu den vom S.C. getroffenen Gegenständen gehört, augenscheinlich auf den bestimmten Wortlaut desselben ankommt. (Ebenso Stammler S. 52, Elvers S. 579.) Durchaus zu verwerfen ist daher die Ansicht von Kunze (Kunze S. 11 Anm. 7, ebenso Frank S. 5), der ususfructus omn. bon. sei erst durch die Praxis entwickelt worden, denn in dem S.C. heisse es nicht „omnium bonorum", sondern „omnium rerum".

Ob aber der Senatsbeschluss näher angegeben hat, welche Gegenstände er unter den „bona" verstanden wissen wolle (so Bürkel, Held, Böcking u. a.) (Bürkel S. 39, Held S. 22, Böcking S. 257, vgl. auch Noodt S. 167 f.), oder ob erst durch die Arbeit der Juristen die notwendigen Konsequenzen aus dem gegebenen Prinzip gezogen worden sind (so Galvanus, Rosshirt, Stammler u. a.: Galvanus S. 16 f., Rosshirt Bd. II S. 172, Stammler S. 52 f.), ist wegen des Fehlens genauer Angaben mit absoluter Gewissheit nicht zu erkennen. Am wahrscheinlichsten ist es, dass der Senatsbeschluss nach dem allgemeinen Satze, dass alles, was im Vermögen ist, Gegenstand des Niessbrauchs sein könne, die für die verbrauchbaren Sachen notwendige Aenderung der cautio usufructuaria angegeben habe, und dass aus dieser, ohne dass das S.C.

die res quae usu tolluntur vel minuuntur besonders erwähnte, die Behandlung derselben sich mit Notwendigkeit ergeben habe. (Vgl. Bürkel S. 39, Böcking S. 257, Hoffmann S. 173, A. M. Held S. 20/22.) Die Richtigkeit dieser Ansicht geht einerseits daraus hervor, dass an mehreren Stellen die cautio quasusufructuaria bestimmt als durch das S.C. eingeführt und in ihm enthalten bezeichnet wird. (Ebenso Rosshirt Bd. II S. 192, Luden S. 111.)[1][2])

Andererseits zeigt die Bemerkung Ulpians in l. 1 Dig. VII, 5: „quo senatus consulto *inductum videtur,* ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usufructus legari", dass der Jurist diese Folgerung selbst gezogen und nicht in dem Wortlaut des S.C. vorgefunden hat. (Vgl. Stammler S. 53.) Hieran ändert der Umstand nichts, dass Justinian in § 2 Inst. II, 4 berichtet: „sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum (quae ipso usu consumuntur) usumfructum constitui". Denn es ist augenscheinlich, dass es Justinian hier nicht darauf ankommt, den Inhalt des S.C. genau zu fixieren, sondern dass er nur im allgemeinen die Bedeutung desselben zeigen will, die ja hauptsächlich darin besteht, dass nun auch die verbrauchbaren Sachen dem ususfr. omn. bon. unterworfen werden konnten.

Eine besondere Teilung des S. C. in mehrere Abschnitte, wie sie Noodt und Held (Noodt S .167, Held S. 20) wollen, ist weder zum Verständnis desselben notwendig noch geschichtlich nachweisbar.

Nach dem Sinne des Senatsbeschlusses hätte es nicht zweifelhaft sein sollen, dass nunmehr Gegenstände jeder Art, also „res" im weitesten Sinne des Wortes, Gegenstand des Niessbrauchs sein könnten. (Vgl. Lahovari S. 33/34.) Denn „post S.C. nulla res est quae non cadit in usufructus legatum" (l. 69 D. 35, 2). Dennoch aber zögerten die römischen Juristen, den Niessbrauch an einem ganzen Vermögen auch auf die in ihm enthaltenen res incorporales, insbesondere auf Forderungen, auszudehnen. Es ergiebt sich dies aus l. 3 D. VII, 5: „Post quod omnium rerum usufructus legari

---

[1]) Vgl. l. 2 § 1 D. VII, 5: „sed remedio introducto coepit quasiususfructus haberi", wo „remedium" unzweifelhaft die Kaution bedeutet. (Siehe Elvers S. 581, Galvanus S. 212, XIV.),

ferner § 2 Inst. II, 4: „Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum; nec enim poterat; sed *per cautionem* quasiusumfructum constituit." l. 11 D. VII, 5: „sed *ad S.C.* erit descendendum, quod *de cautione* eorum loquitur." l. 24 D. 33, 2: „post impletam *ex S.Co. cautionem.* l. 1 C. III, 33: „secundum formam *S.Ci.*"

[2]) A. M. Hanausek (S. 106): „Wenigstens wird uns nirgends gesagt, dass die Kaution ihrem Wortlaute nach schon im S.C. enthalten gewesen wäre." Dies geht aber aus den citierten Stellen deutlich hervor.

potuit, an et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usumfructum legari scribit et remittendas ei usuras." Nerva wollte also den Ususfrukt an einer Forderung nur dann zulassen, wenn er zu Gunsten des Schuldners geschah, weil er dann mit dem ususfructus pecuniae zusammenfällt. Mag diese Auffassung ihren Grund darin haben, dass erst allmählich die Forderungen als Bestandteile des Vermögens angesehen wurden (so Birkmeyer S. 153), oder in der Bedenklichkeit der Juristen, von der althergebrachten Anschauung, der ususfructus sei ein ius in corpore (l. 2 D. VII, 1) abzuweichen (so Held S. 23), oder mag endlich die erst allmählich sich entwickelnde Uebertragbarkeit der Forderungen (so Hanausek S. 41 und Stammler S. 2) den Juristen zu seiner Ansicht bestimmt haben — jedenfalls hat sich bald die richtige Ansicht Bahn gebrochen, dass bei dem Niessbrauch an einem Vermögen auch die Forderungen als Gegenstand desselben in Betracht kommen. Und es ist nicht zu zweifeln, dass in gleicher Weise, wie die Jurisprudenz den Niessbrauch an Forderungen als durch das S.C. ermöglicht ansah, sie auch alle übrigen Rechte, soweit sie hier in Betracht kommen, unter den Vermögensniessbrauch subsumiert hat. So ist durch den Senatsbeschluss in Verbindung mit der interpretierenden und selbstschaffenden Arbeit der Juristen das Institut des Vermögensniessbrauchs geschaffen worden.

II. Begriff und Wesen des Vermögensniessbrauchs.

§ 4.

Der Gegenstand des Vermögensniessbrauchs, das Vermögen, nach dem Sprachgebrauche der Quellen die bona oder das patrimonium, bedarf quantitativ und qualitativ einer näheren Erläuterung. Infolge der Natur des Niessbrauchs überhaupt, dessen Wesen im utifrui besteht, ist es zweifellos, das die bekannte Savignysche Definition des Vermögens (Savigny, System des h. r. R., Bd. 1 S. 376, Delbrück S. 16) als der „Gesamtheit aller auf eine Person als deren Träger sich beziehenden Rechtsverhältnisse, welche nach Gelde geschätzt werden können", für den Vermögensniessbrauch nicht passt. Denn hiernach sind in dem Vermögen auch die Schulden des Eigentümers[1]) enthalten; an Schulden ist aber ein Niessbrauch begrifflich unmöglich. Daher kommt das Vermögen hier nur als ein Inbegriff von Rechten in Betracht, und zwar nach besonderer Bestimmung des römischen Rechts als Inbegriff der nach

[1]) Vgl. Anm. 3 auf Seite 10.

Tilgung der Verbindlichkeiten übrigbleibenden Aktiva. (Vgl. Bürkel S. 85 ff., Zielonacki S. 131, Noodt S. 175.) (l. 69 D. 35, 2; l. 43, D. 33, 2; l. 39 D. 50, 16; näheres siehe S. 26 f.)[1])

In dem eben festgestellten Umfange unterliegt das Vermögen dem Niessbrauch nicht als eine Einheit, als universitas rerum, sondern als eine Summe der einzelnen Rechte, aus denen es besteht. (Vgl. dazu Bürkel S. 86, Hanausek S. 2 und 5, Zielonacki S. 131, Luden S. 72, Noodt S. 176, Rosshirt Bd. II S. 176, Dernburg, Pand. I., S. 214, Seuffert S. 225, Kohler a. a. O. S. 238.) Denn ein dingliches Recht, wie der Niessbrauch, ist nur an solchen Gegenständen möglich, die die Ausübung einer wirklichen Macht gestatten, nicht aber an einem Gegenstand, der nur in der Vorstellung besteht, wie die universita. Es ist vielmehr der Niessbrauch an einem Vermögen eine Summe von Niessbrauchsrechten an den einzelnen Bestandteilen desselben, so dass er nicht eine Gesamt-, sondern eine Einzelnachfolge in das Vermögen darstellt.[2]) Daraus ergiebt sich, dass der Vermögensniessbrauch sich unter eine bestimmte Kategorie der Niessbrauchsarten nicht unterordnen lässt, sondern dass erst aus dem konkreten Vermögen die Natur des Niessbrauchs, dem die Bestandteile desselben unterliegen, zu ersehen ist. Denn an den einzelnen Gegenständen findet je nach ihrer Beschaffenheit ein verus oder quasiusufructus statt, ohne dass grundsätzlich durch ihre Zugehörigkeit zu dem dem Niessbrauch unterliegenden Vermögen ihre Behandlung nach den Regeln des eigentlichen oder uneigentlichen Niessbrauchs geändert wird. Nur in gewissen Fällen kann die Bestellung des Niessbrauchs am ganzen

---

[1]) Es würde hier zu weit führen, näher auf den Begriff der „bona" einzugehen (siehe darüber Birkmeyer a. a. O. und Pernice, Krit. Vierteljahrschrift, Bd. III, n. F. Bd. 22, S. 232/266). Jedenfalls ist die Ansicht Birkmeyers, „bona" bedeute in den Quellen immer die Summe der activa, von ihm nicht überzeugend nachgewiesen worden; insbesondere ist es ihm nicht gelungen, in den ll. 1 u. 3 D. 37, 1 und l. 39 D. 50, 16 einen einheitlichen Begriff der bona nachzuweisen. Vgl. dazu die treffende Bemerkung von Pernice a. a. O. S. 250: „Ich glaube, je weiter man in der geschichtlichen Erkenntnis des römischen Rechts vordringt, desto mehr nimmt man wahr, ein wie unsicherer Führer der Sprachgebrauch der römischen Juristen ist. Ein einheitlicher Wortgebrauch liess sich in einer Fragmentensammlung von vornherein nicht mit Sicherheit nicht erwarten; aber selbst die einzelnen Schriftsteller sind in der Wahl der Worte nicht sehr sorgfältig. Hier haben wir es noch dazu mit Ausdrücken, wie „bona", „universitas", „aus", „facultas", „res", „pecunia" und dergleichen zu thun. Es bringt keinen Gewinn, mit solchen Wortgeburten sich herum zu schlagen."

[2]) Vgl. Noodt S. 176: „Apparet quod legato o. bon. usufructu perinde omnium rerum, quae in testatoris bonis sunt, legatus intellegitur ususfructus, *ac si singularum specierum*, quae in eius bonis sunt, *ususfr. legatus esset*, quia sub genere singulas eius species contineri verum est.

Vermögen einen Einfluss auf die Behandlung einzelner zu demselben gehöriger Sachen haben. (Vgl. Windscheid S. 930 N. 6, Dernburg, Pand. I, 2 S. 212 A. 6.) Denn da es im dringenden Interesse des Vermögensniessbrauchers liegt, betreffs der einzelnen Gegenstände eine möglichst weitgehende Befugnis zu haben, so wird im Falle des Niessbrauchs am ganzen Vermögen oft zu präsumieren sein, dass auch unverbrauchbare Sachen nach den Regeln des quasiusus-fructus zu beurteilen sein, d. h. in das freie Eigentum des Berechtigten übergehen sollen. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn im Vermögen Sachen enthalten sind, die durch den Gebrauch besonders abgenutzt werden (wie Kleider), oder für den Bedachten nur durch Veräusserung Wert erhalten (wie Gemälde, die ein Künstler seiner armen Witwe als Bestandteile des Vermögens zum Niessbrauch hinterlässt).

Eine eigentlich selbstverständliche Folge des Niessbrauchs am gesamten Vermögen im Gegensatz zu dem an einer einzelnen Sache bestellten erwähnt die l. 34 § 2 D. VII, 1, wonach sich das Niessbrauchsrecht an einem Hause, falls derselbe Folge eines Vermögensniessbrauchs ist, nach Abbrennen des Hauses auch auf die area erstreckt[1]), während dies nicht der Fall ist, wenn ein Niessbrauch speziell an dem Hause bestellt ist. (Vgl. Hanausek S. 5, Noodt S. 176.)

Machen sich so auch einzelne Anzeichen eines einheitlichen Charakters des Vermögensniessbrauchs bemerkbar, so ist doch im allgemeinen daran festzuhalten, dass „kein durchgreifender Unterschied zwischen dem Vermögensniessbrauchslegat und einer Summe von Spezialniessbrauchsvermächtnissen besteht". (Hanausek S. 5, A. M. Brinz, Bd. I. S. 782.) Insbesondere ist auch die Kaution für jeden einzelnen Gegenstand besonders zu leisten (vgl. Zielonacki S. 131), und wenn sie, was meist geschehen sein wird, für alle einzelnen Gegenstände zugleich gestellt wird, so ist sie nur als Summe der einzelnen Kautionsleistungen zu verstehen.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, dass in der Bezeichnung des Vermögensniessbrauchs als ususfructus omnium bonorum das Wort „ususfructus" nicht in seiner technischen Bedeutung als eigentlicher Niessbrauch erscheint, sondern dass in ihm hier auch der sonst

---

[1]) Noodt S. 176: „ac si legatus sit omn. bon. ususfructus; tum enim si icendio perierint aedes, quae in bonis fuerint, etsi aedium ususfructus peti nequeat, quia aedes esse desierunt, potest tamen areae ususfr. peti; quoniam, qui bonorum suorum usumfructum legat, non solum eorum quae in specie sunt, sed omnis substantiae usumfr. legat: in substantia autem bonorum est area."

„quasiususfructus“ genannte uneigentliche Niessbrauch enthalten sein kann. (Hanausek S. 6.)

Ist demnach der Vermögensniessbrauch seiner *juristischen Natur* nach identisch mit der Summe der einzelnen Niessbrauchsrechte, so führen doch praktische Erwägungen, insbesondere bezüglich der Sicherheit der Gläubiger des Bestellers, mit Notwendigkeit zu einer in gewissen Beziehungen von den Regeln des Niessbrauchs an einzelnen Gegenständen abweichenden Behandlung des Vermögensniessbrauchs. Und gerade diese Erwägungen sind es, die zunächst eine besondere Besprechung unseres Instituts erfordern.

Durch die Bestimmung, dass einzelne Gegenstände des Vermögens von dem Niessbrauche frei bleiben sollen, verliert der Niessbrauch nicht die besondere Natur eines Vermögensniessbrauches. Dagegen liegt kein Vermögensniessbrauch vor, wenn nur eine Mehrheit von einzelnen Gegenständen mit einem Niessbrauche belastet wird.

Besonderer Teil.

A. Römisches Recht.

I. Entstehung des Vermögensniessbrauchs.

§ 5.

Wie bereits erwähnt, ist die weitaus wichtigste und häufigste Bestellungsform des Vermögensniessbrauchs die letztwillige Verfügung. Ueberall, wo in den Quellen vom ususfr. omn. bon. die Rede ist, wird vorausgesetzt, dass er auf einem Legat beruht (vgl. l. 69 D. 35, 2; l. 24 D. 33, 2; l. 43 D. 33, 2; l. 1 C. 3, 33; l. 1 D. VII, 5). Und in Wahrheit ist auch das Vermächtnis am meisten zur Begründung des Vermögensniessbrauchs geeignet (Held S. 55, Labovari S. 41). Der Testator kann hier in der Weise disponieren, dass er entweder dem einen Legatar die Proprietät, dem anderen den Niessbrauch am Vermögen vermacht, oder dass er die Proprietät dem Erben belässt, während er den Niessbrauch einem Dritten zuwendet, oder endlich, dass er die Proprietät deducto usufructu dem Legatar giebt, so dass der Erbe den ususfructus behält. Nicht aber kann der Erblasser, wie Held behauptet (Held S. 54, ebenso Frank S. 24, vgl. Seuffert S. 384), jemanden im Niessbrauch als Erben einsetzen. Denn das wäre, wie Mansbach (Mansbach S. 69, Anm. 48) treffend bemerkt, ein Widerspruch, da der Eingesetzte, wenn er Erbe ist, nicht blosser Niessbraucher sein kann.

Erscheint sonach das Legat durchaus „als der Prototyp der Entstehungsgründe des Vermögensniessbrauchs" (Kuntze S. 10 f.) durch Privatdisposition, so ist es doch andererseits nicht zweifelhaft, dass er auch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründet werden kann.[1]) Es war dies früher bestritten, indem eine Anzahl

[1]) Vgl. Voet S. 384 ad VII, 5: „Etsi autem ultima plerumque constituatur voluntate, *nihil tamen vetat, quominus* ad exemplum veri ususfr. *etiam actu inter vivos introducatur*, in mutuum propterea nequaquam degeneraturus; cum nihilominus maxima et media finiatur capitis diminutione (§ 2 Inst. II, 4) et aestimato reddi possit ac cautio de restituendo interponi debeat, si exigatur."

von Rechtsgelehrten (s. die bei Glück Bd. 9 S. 411 angeführten, insbes. Galvanus S. 211, ebenso Lahovari S. 43 f.) die Ansicht verteidigte, der quasiususfructus könne nur durch letztwillige Verfügung errichtet werden. Wäre diese Ansicht richtig, so würde auch die Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden insoweit ausgeschlossen sein, als sich verbrauchbare Sachen in demselben befinden. Allein die neuere Literatur (insbesondere Elvers S. 385 f., Steinberger S. 107, Hanausek S. 22, Stammler S. 114 ff., Held S. 59, Bürkel S. 87 ff.) hat diese besonders von Galvanus vertretene, aber auch schon von älteren Schriftstellern (Glück S. 411, Noodt S. 178, Voet S. 384) bekämpfte Ansicht verworfen, und zwar mit gutem Grunde.

Denn die Gründe, die für diese Meinung angeführt werden, dass nämlich das S.C. und alle anderen Stellen der Quellen nur von dem durch Legat begründeten Niessbrauch sprächen und dass der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründete uneigentliche Niessbrauch sich von einem Darlehn nicht unterscheiden würde, sind gleich wenig stichhaltig. Was den ersten Grund betrifft, so muss allerdings zugegeben werden, dass die Quellen ausschliesslich die Bestellung des quasiususfructus durch Legat erwähnen (Duncker S. 107, Elvers S. 583). Auch die Stelle, die von den Gegnern dieser Ansicht (vgl. Held S. 59, Glück S. 414, Schrader Comm. ad § 2 Inst. II, 4) gewöhnlich zum Beweise dafür angeführt wird, dass auch Justinian nicht nur von der Begründung des quasiususfructus durch letztwillige Verfügung gesprochen habe, nämlich der § 2 Inst. II, 4, handelt in Wahrheit von einer Errichtung durch Legat. Denn wenn hier auch allgemein gesagt ist, „sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum ususfructus *constitui*", so geht doch aus den folgenden Worten, „ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur" unzweideutig hervor, dass auch hier von der Bestellung durch Legat die Rede ist. Aber nichtsdestoweniger geht daraus, dass die Quellen nur den legierten quasiususfructus erwähnen, nicht hervor, dass dies überhaupt die einzige Art der Errichtung desselben durch Privatdisposition war. Es ist dies nur ein Beweis dafür, dass diese Art der Bestellung den Römern als das Gewöhnlichste erschien, wie sie ja auch bei der Errichtung des verus ususfr. fast ausschliesslich der Entstehung durch Legat gedenken (§ 1 Inst. II, 4 und die Seite 10 angeführten Stellen). Dass vollends der Senatsbeschluss nur bestimmt, „ut omnium rerum .... ususfr. possit *legari*", ist umsoweniger für die bekämpfte Ansicht beweisend, als ja das S.C. ausschliesslich den Zweck hatte, die nach der lex Julia et P. P. zulässigen Niessbrauchs*vermächtnisse* an Vermögensquoten zu ermöglichen und zu erweitern (Stammler S. 117). Eine allgemeine Fol-

gerung bezüglich der Möglichkeit der Bestellung des uneigentlichen Niessbrauchs durch andere Rechtsgeschäfte kann daraus nicht gezogen werden.

Ebenso bedeutungslos ist der zweite Grund, der gegen die Zulässigkeit einer solchen Begründung des quasiususfr. angeführt wird (Stammler S. 115, Bürkel S. 41). Denn mag auch ein durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bestellter quasiususfr. begrifflich einem Darlehn sehr nahe kommen (die Notwendigkeit der Kautionsleistung und die Beendigung durch den Tod des Berechtigten sind einerseits dem quasiususfr. nicht begrifflich notwendig, andererseits für das Darlehn nicht unmöglich), so ist doch insbesondere die Befugnis des quasiusufructuarius, bei Beendigung des Niessbrauchs anstatt des tantundem eiusdem generis die Schätzungssumme zu restituieren ein Umstand, der die beiden Institute als verschieden charakterisiert. Ein Darlehn mit dieser Befugnis des Schuldners würde zu einem Kauf werden. Aber auch abgesehen von dem Unterschied in der rechtlichen Natur der beiden Institute ist, wie Stammler (Stammler S. 114, Anm. 4) treffend ausführt, auch die wirtschaftliche Verschiedenheit derselben nicht zu übersehen. „Es ist auch uns noch etwas anderes, den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen zu erhalten, wie ein Darlehn zu empfangen: in jenem tritt das Recht des Niessbrauchers, in diesem die Verpflichtung des Darlehnsschuldners nach allen unseren Anschauungen in den Vordergrund." Es würde zu weit führen, unsere Ansicht durch weitere Gründe zu unterstützen, obgleich dieselben leicht noch vermehrt werden können, — jedenfalls steht es ausser Zweifel, dass der Vermögensniessbrauch auch durch negotium inter vivos errichtet werden kann. „Dass die Dispositionen, welche man über seine Sache treffen kann, wenn sie durch ein Testament vorgeschrieben sind, nicht auch aus freien Stücken vorgenommen werden können, das wäre eine Anomalie im Recht, die ohne gleichen wäre." (Elvers S. 584.)

Die geeignete Form für eine solche Bestellung des Niessbrauchs am Vermögen ist in der klassischen Zeit nicht mehr die von Gaius Inst. II, 30 allein erwähnte in iure cessio, sondern es genügt ein einfacher Vertrag. (Luden S. 201 f.) Es ist hierbei wohl zu unterscheiden zwischen dem obligatorischen Vertrag, durch den sich der Besteller zur Errichtung des Niessbrauchs verpflichtet, und der dinglichen Bestellung selbst. Der erstere kann sich kollektiv auf das ganze Vermögen erstrecken, die Bestellung selbst aber muss bezüglich jedes einzelnen Gegenstandes durch quasitraditio resp. traditio besonders erfolgen.

Dass die Begründung des Niessbrauchs am gesamten Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden möglich ist, haben wir ge-

sehen; dass sie aber häufig vorkäme, wird niemand behaupten. Es liesse sich das nur in der Weise denken (Bürkel S. 89), dass etwa der Eigentümer[1]) des Vermögens gegen eine einmalige oder regelmässig wiederkehrende Entschädigung den Niessbrauch am Vermögen bestellt oder eine Vermögensveräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs während seiner Lebenszeit vornimmt. In Rom waren solche Fälle besonders selten, weil der hauptsächlichste Anwendungsfall im modernen Recht, der Vorbehalt des Niessbrauchs für den alten Bauer bei der Gutsübergabe an den Sohn, im römischen Recht bedeutungslos war.

Die auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift begründeten Niessbrauchsrechte, insbesondere das Recht des Vaters an dem peculium adventicium regulare der Hauskinder (l. 6 pr. Cod. VI, 61) und des zur zweiten Ehe schreitenden Ehegatten an den lucra nuptialia, deren Eigentum er an die aus erster Ehe stammenden Kinder verliert (l. 3 pr. l. 6 Cod. V, 9), gehören nur dann hierher, wenn der betreffende „Komplex gewisser durch ihren Ursprung bestimmter Vermögensrechte" (Elvers a. a. O.) das ganze Vermögen der davon betroffenen Person darstellt. (Vgl. Held S. 61, Bürkel S. 89, Elvers S. 567 ff.)

Möglich ist endlich noch die Begründung des Niessbrauchs an einem Vermögen und insbesondere an einer Quote desselben durch adiudicatio des Richters in der actio familiae herciscundae oder communi dividundo. Eine solche Begründung wird meist „die Natur eines Vergleiches haben, welcher durch den Spruch des Richters nur bestätigt wird" (Luden S. 204 f.), da es grundsätzlich nicht in der Macht des Richters liegt, beim Fehlen anderer Entstehungsgründe selbständig auf Errichtung des Niessbrauchs zu erkennen.[2]) (Vgl. l. 14 § 1 D. X, 2.)

Wenn demnach auch die Möglichkeit anderer Entstehungsgründe nicht direkt verneint wird, so hat jedenfalls das römische Recht die besonderen Regeln, die es über den ususfruct. omn. bon. überhaupt ausgebildet hat, ausnahmslos nur für den ususfr. omn. bon. *legatus* aufgestellt.

II. Umfang der Leistungspflicht des Bestellers.

§ 6.

Seitdem die lex Poetelia durch die Bestimmung „bona creditoribus obnoxia sunto" den Grundsatz aufgestellt hatte, dass das

[1]) Vgl. Anm. 3 S. 10.

[2]) Die Entstehung des ususfr. omn. bon. durch Ersitzung ist ausgeschlossen, schon deshalb, weil an verbrauchbaren Sachen zwar das Eigentum, nicht aber die Verpflichtung zur Rückgabe ersessen werden kann. (Vgl. Elvers S. 585.)

erste Recht am Vermögen den Gläubigern zustände, suchte man es durch gesetzliche Massnahmen zu verhindern, dass der Schuldner durch Uebertragung seines Vermögens zu Eigentum oder auch nur zu Niessbrauch seine Gläubiger schädigte. (Dernburg, Pand. II, S. 388.) Da die gewöhnlichen paulianischen Rechtsmittel, die fraudulose Absicht auf Seiten des Schuldners voraussetzten, zur Sicherung der Gläubiger nicht ausreichten, so bestimmte das römische Recht bezügl. des Niessbrauchs an einem Vermögen, dass derselbe nur an den nach Abzug der Schulden übrig bleibenden Vermögensrechten bestellt werden könne. Dies findet sich ausgesprochen in l. 69 D. 35, 2: „usufructu bonorum legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est", und in l. 43 D. 33, 2: „nam si bonorum usufructus legabitur etiam aes alienum ex bonis deducetur . . . ." Ist auch das Interesse der Gläubiger der Hauptgrund dieser Bestimmung, so kommt noch hinzu, dass auf diese Weise eine um vieles einfachere Liquidation des Vermögens ermöglicht wird, als wenn der Berechtigte den Niessbrauch an allen Aktiva ohne Rücksicht auf die Schulden erhalten würde und erst nachher die Berichtigung der Schulden stattfinden würde. Dass die Quellen den Abzug, die deductio, der Schulden vor die dingliche Bestellung des Niessbrauchs verlegen, ist, wenn es auch aus den Stellen ganz unzweideutig nicht hervorgeht, nicht zu bezweifeln. Es war dies früher bestritten. Bartolus (Bartolus, Comm. ad l. 8 § 5 D. de leg. II und l. 43 D. 33, 2; vgl. dazu Birkmeyer S. 135) behauptete, dass durch das legatum ususfr. omn. bon. auch die Passiva auf den Legatar übertragen würden und dass diesem daher die Bezahlung derselben zufiele: „si legantur omnia bona, id est omnis substantia, quod est idem quod hereditas; et probatur lege 37 D. 33, 2, ubi legato usufructu bon venit calendarium, quod continet *debita* et credita . . ." (Bartolus a. a. O.) Allein, wie schon Cuiacius (comm. in tit. Dig. 33,2 ad leg. 37 Bd. VII, 1349) dies als falsch erkannt hat, indem er nachweist, „calendarii nomine aes suum intellegi, non aes alienum", so sind heute alle Schriftsteller darüber einig (vgl. insbesondere Kohler a. a. O. S. 246, Stammler S. 107, Hanausek S. 3 u. a., vgl. auch Noodt S. 45), dass es die Absicht des römischen Rechtes war, den Schuldenabzug vor der Konstituierung des Niessbrauchs eintreten zu lassen.[1]) Der Umstand, dass das „calendarium" als Bestandteil des Niessbrauchsvermögens genannt wird, kann die Ansicht des Bartolus nicht unterstützen. (Vgl. Rosshirt Bd. II S. 230, Glück Bd. 9 S. 178, Noodt

[1]) So sagt schon Vivianus ad l. 43 D. 33, 2: „certe heres meus detrahere poterit de dicto legato aes alienum, id est *prius* detrahet aes alienum de bonis meis et *postea* usumfructum constituet legatario."

S. 174.) Denn es unterliegt keinem Zweifel, dass dieses nur die zinsbaren Schuld*forderungen,* nicht aber die Schulden enthielt. Nur in diesem Sinne konnte z. B. Seneca lib. 13 epist. 87 sagen: „Divitem illum putas . . . ., quia magnus illi Calendarii liber volvitur." Es kommen also hier nur die bona im Sinne der l. 39 D. 50, 16[1]) (bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt) in Betracht. Der Grund, den Pomponius in der l. 69 D. 35, 2 für die Notwendigkeit des Schuldenabzugs anführt: „quoniam post S. Cm. nulla res est, quae non cadit in usufructus legatum", ist mit Brinz (Bd. 1 S. 782) dahin zu erklären, dass, wenn vor dem S.C. ein Niessbrauch am Vermögen bestellt wurde, ein Abzug nur an den unverbrauchbaren Sachen vorgenommen werden konnte, da nur diese dem Niessbrauche unterlagen. Nachdem aber durch den Senatsbeschluss der usufructus auch an den verbrauchbaren Sachen und an Forderungen eingeführt worden ist, nachdem also nunmehr „nulla res est, quae non cadit in usufructus legatum", ist es folgerichtig, dass nunmehr nicht nur wie früher an einzelnen Sachen, sondern vielmehr „ex omnibus rebus" der Abzug stattfindet. Diese Ansicht wird dadurch unterstützt, dass auf die Worte „ex omnibus rebus" ein besonderes Gewicht gelegt zu werden scheint; denn der gewöhnlichere Ausdruck wäre „ex bonis", der auch in l. 43 D. 33, 2, Anwendung findet.

Anders erklärt Bürkel (Bürkel S. 110) die Stelle. Er nimmt es als selbstverständlich an, dass vor dem S.C. überhaupt kein Abzug, auch nicht an den unverbrauchbaren Sachen, stattgefunden habe. Von diesem Standpunkte aus wäre allerdings der von Pomponius angegebene Grund nicht genügend, denn es hätte ebensogut dahin entschieden werden können, dass die Schulden allein den Erben treffen sollen. Doch ist die Voraussetzung Bürkels, dass vor dem S.C. der Schuldenabzug bei einem Vermögensniessbrauch (soweit er damals überhaupt möglich war), noch nicht stattgefunden habe, weder durch die Quellen bewiesen, noch aus anderen Gründen anzunehmen. Vielmehr ist aus den oben angegebenen Gründen zu schliessen, dass auch schon vor dem S.C. der Niessbraucher eines Vermögens von der Schuldentilgung nicht ganz

[1]) Noodt S. 175: „solae quoque hae habent utilitatem qua usufructus aestimatur; ceterae quibus aliis tenebatur defunctus, non sunt in eius sed in creditoris bonis; ita non potest harum, nisi desipimus legatus videri usufructus legato a defuncto bonorum suorum usufructu. Vgl. Hoffmann S. 182, Zielonacki S. 131, Böcking S. 257.

Vgl. Castillo S. 629: „ac cum tradit bona usufructuario (sc. heres), etiam invito eo tot distrahere de bonis testatoris, quot satis erit pro aeris alieni satisfactione, et postea residuum, quod aere alieno deducto superest, usufructuario utendum fruendumque tradere."

unberührt geblieben sein wird. Denn nimmt man z. B. an, dass ein Vermögen ganz oder zum grössten Teile aus unverbrauchbaren Sachen bestanden haben mag, was unzweifelhaft häufig der Fall war, so wäre eine solche Belästigung des Erben, wie sie Bürkel annimmt, völlig ungerechtfertigt gewesen. Mit der Voraussetzung Bürkels fällt aber auch seine Folgerung. Es erweist sich vielmehr nur die oben vertretene Auffassung als richtig. Pomponius will daher mit seiner Motivierung, „quia post S.C. nulla res est, quae non cadit in usufructus legatum", nur den Umstand erklären, dass jetzt im Gegensatz zu früher die Schulden „ex omnibus rebus" abgezogen werden.

Ganz falsch ist auch die Erklärung von Elvers (Elvers S. 597, vgl. dazu Heimbach a. a. O. S. 951, Lahovari S. 45, Bürkel S. 110 f.), der Jurist wolle mit seiner Begründung sagen, dass auch die Schulden unter den zu Gunsten des Legatars begründeten Niessbrauch fallen. Denn an einer Schuld ist ein Niessbrauch nicht denkbar; die einzige denkbare Konstruktion bestände darin, dass der Schuldner seine Schuld nicht zu bezahlen braucht und an dem Gegenstand derselben den Niessbrauch erhält. Dass diese Möglichkeit in unserem Falle nicht gegeben ist, sondern dass vielmehr die geschuldeten Gegenstände zur Schuldentilgung verwendet werden sollen, liegt auf der Hand.

Die praktische Folge der Vorschrift der l. 69 tit. c. besteht darin, dass nunmehr „die Werte aller Rechte zusammengezählt und von dieser Summe die Schulden abgezogen werden". (Bürkel a. a. O.)

Hier ist endlich auch darauf hinzuweisen, dass der Niessbrauch am ganzen Vermögen nur insoweit vermacht werden kann, dass dem Erben die quarta Falcidia verbleibt, dass also der Bedachte die Bestellung des Niessbrauchs nur an drei Viertel des Nachlasses verlangen kann. Ist der Erblasser hierüber hinausgegangen, so ist das Vermächtnis insoweit als die Quart nicht frei ist, nichtig und verkleinert sich zum entsprechenden Teile von Rechtswegen. Vgl. Dernburg, Pand. III, S. 198. l. 73 § 5 D. 35, 2. Der Erbe kann also in jedem Falle seine Quart behalten; ist der Legatar bereits im Besitze des Vermachten, so kann der Erbe seinen entsprechenden Teil vindizieren, l. 26 D. 35, 2; hat er aus Irrtum zu viel geleistet, so kann er kondizieren, l. 9 Cod. VI, 50. Es findet sich diese Bestimmung besonders ausgedrückt in der l. 29 D. VII, 1: „Omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem" (Castillo S. 635; vgl. auch l. 1 § 7 D. 35, 2); sie greift jedoch nicht Platz, wenn der Erblasser, was ihm nach Nov. 1 cap. 2 § 2 freisteht, „expressim" den Abzug

der Falcidischen Quart verboten hat (vgl. Voet S. 393, n. 9, S. 399, Dernburg, Pand. III, S. 197), z. B. mit den Worten „ut omnia legata integra praestentur sine deminutione". Ausserdem cessiert die lex Falcidia noch, „si heres adeat sine inventario" und „in legatis testamento militari relictis." (Voet a. a. O.) In diesen Fällen braucht sich der Vermögensniessbrauchslegatar den Abzug derselben nicht gefallen zu lassen.

§ 7.

Die Regel, dass der zur Bestellung eines Vermögensniessbrauchs Verpflichtete vorweg zur Abziehung der Schulden berechtigt ist, gilt nach besonderer Vorschrift der l. 43 D. 32, 3 nicht nur bei dem Niessbrauch an einem ganzen Vermögen, sondern auch bei dem an einer Quote desselben legierten. Diese Bestimmung der Quellen, die in den Worten ausgedrückt ist: „nihil interest, utrum bonorum quis an rerum tertiae partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur etiam aes alienum ex bonis deducetur et quod in actionibus erit, computabitur, at si certarum rerum ususfr. legatus erit, non idem observabitur", hat früher bei einer grossen Zahl von Juristen Bedenken erregt und zu Zweifeln an der Richtigkeit des Wortlauts derselben Anlass gegeben. Accursius und andere (vgl. Noodt S. 45, S. 177), welche daran Anstoss nahmen, dass nach dem oben angegebenen Text der Jurist am Schlusse von den *certae* res spricht, während er vorher nur die „res" und „bona" einander gegenübergestellt habe, und dass im Anfang gerade der dritte Teil der „res" angeführt wird, gaben der Stelle folgenden Wortlaut: „Multum interest utrum bonorum quis au rerum certarum usumfructum legaverit; nam si . . . ." Diese Umgestaltung des Textes würde zwar auch einen vernünftigen Sinn geben; aber es liegt kein Grund vor, von der überlieferten Fassung abzuweichen. Denn, wie wir gleich sehen werden, ergiebt sie auch so, wie sie ist, ein befriedigendes Resultat.

Dass der Jurist, nachdem er zunächst die „res" und „bona" hinsichtlich des Schuldenabzuges und der Hinzurechnung der klagbaren Ansprüche gleichgestellt hat, dieser Gleichstellung, wenn der ususfructus au „certae res" legiert ist, die Anwendung versagt, ist nichts Befremdendes. Und die Erwähnung gerade des dritten Teils des Vermögens ist dadurch zu motivieren, dass nach der l. J. et P. P. Ehegatten sich nur den Niessbrauch an einem Drittel ihres Vermögens vermachen konnten, so dass derselbe gerade an dieser Vermögensquote sehr häufig gewesen sein wird. (Vgl. l. 48 Dig. 22, 1; l. 10 D. 19, 5.) (Noodt S. 46, Ulpian tit. 15/16.)

Ebensowenig Beifall verdient die Ansicht Noodts, (Noodt a. a. O.), man müsse vor „quod in actionibus erit" die Worte „et si

rerum" einschieben, so dass also der Schluss der Stelle lauten würde: „et si rerum, quod in actionibus erit, computabitur". Es certarum rerum ususfr. legatus erit, non idem observabitur". Es wäre durch diese Konjektur allerdings mittelst der Worte „et si rerum" ein Gegensatz zu den „certae res" geschaffen, andererseits aber würde die Bedeutung der letzten Worte zu sehr eingeengt werden, indem dann nur die Zurechnung der actiones, nicht aber auch die deductio aeris alieni bei den „certae res" verneint sein würde, was doch sicher dem Sinne der Stelle nicht entspricht. Vielmehr lässt sich die Bedeutung derselben ohne Veränderung des überlieferten Textes folgendermassen feststellen:

Es macht keinen Unterschied, ob der Testator sich bei der Legierung des Niessbrauchs an einer Vermögensquote der Worte „tertia pars *bonorum*" oder „t. p. *rerum*" bedient hat (vgl. dazu Glück a. a. O. S. 179 f., Hanausek S. 3, siehe auch Birkmeyer S. 294), sondern in beiden Fällen sind die Schulden des Erblassers abzuziehen und die Forderungen hinzuzurechnen. Diese besondere Bestimmung erwies sich wahrscheinlich deshalb als notwendig, weil sonst Zweifel darüber hätten entstehen können, ob nicht unter dem Ausdruck „*rerum*" im Gegensatze zum Vermögen nur bestimmte Sachen gemeint seien. Denn bei individuell bestimmten Vermögensgegenständen, bei den „certae res", findet weder ein Schuldenabzug noch eine Hinzurechnung der ausstehenden Kapitalien statt. In einem solchen Falle wäre zu einer derartigen Massnahme auch gar keine Veranlassung gegeben, da einerseits die Hinzurechnung der actiones hier gar nicht in Frage kommt, andererseits der Niessbraucher von „certae res" den Niessbrauch an diesen naturgemäss ohne Rücksicht auf etwa vorhandene Schulden verlangen kann. Die im Vorhergehenden vertretene Ansicht, dass durch die l. 43 D. l. c. der Schuldenabzug auch bei dem Niessbrauch an einem Teile des Vermögens für anwendbar erklärt wird, ist in neuerer Zeit nur von Lahovari (Lahovari S. 44) bestritten worden, ohne dass er es jedoch versucht hat, seine abweichende Meinung zu begründen.

Hat der Testator den Niessbrauch an einem Teile seines Vermögens vermacht, ohne die Grösse der Quote näher zu bezeichnen, so gebührt dem Berechtigten nach besonderer Bestimmung der l. 43 D. VII, 1 der Niessbrauch an der Hälfte des Vermögens. Auch hier findet die Bestimmung der l. 43 D. 32, 3 entsprechende Anwendung, d. h. es wird auch hier nur die Hälfte von den bona, quae deducto aere alieno supersunt, zum Niessbrauch gegeben.

§ 8.

Der Schuldenabzug erstreckt sich zunächst auf alle Verbindlichkeiten des Erblassers. Insbesondere kommen in Abzug die Pflichtteile der Noterben (Nov. 118 c. 3; l. 36 § 2 Cod. 3, 28; Nov. 1 § 2), sowie die Schulden, die der Erblasser gegenüber dem Erben selbst gehabt hat (Seuffert S. 225 Anm. 9; vgl. Seufferts Archiv Bd. 15, N. 18, Erkenntnis d. O.A.G. zu Oldenburg 1861), und alle anderen durch den Erblasser kontrahierten Schulden. Aber auch die Kosten der Uebernahme und Liquidation des Vermögens muss sich der Niessbraucher beim Schuldenabzug anrechnen lassen. (Bürkel S. 112.)

Nach der l. 8 § 5 D. de leg. II (Ulpian) sollen beim Legat einer certa pars hereditatis die impensa funeris und die pretia manumissorum, also die Beerdigungskosten und der Wert der Freigelassenen, nicht unter die Schulden gezählt werden, die der Legatar sich abrechnen lassen muss. (Bürkel S. 113 f., Rosshirt I S. 130, Lahovari S. 46.) Diese Bestimmung ist unbedenklich und besonders in Bezug auf die Begräbniskosten durchaus gerechtfertigt, da der Erbe hierzu zunächst verpflichtet erscheint. Es liegt aber in der Hand des Erblassers, den Erben dadurch zu erleichtern, dass er bestimmt, von welchem Momente an das Aktivvermögen genommen werden soll, z. B. wie es ist nach meiner Beerdigung oder nach meinem Tode, denn hier werden die pretia manumissorum abgezogen, in dem ersten Falle auch nach gleichem Prinzip die Beerdigungskosten." (Rosshirt I. S. 30.) Wenn Modestinus in der folgenden l. 9 D. h. t. sagt: „cum autem pars bonorum ita legatur, „bonorum meorum, quae sunt, cum moriar", *dos* et manumissorum praetiąe medio deducenda sunt" (vgl. Bürkel S. 113), so ist daraus zu folgern, dass er für gewöhnlich einen Abzug der dos nicht zulassen will. Dem widerspricht aber, wie Bürkel (Bürkel a. a. O.) richtig bemerkt, l. 104 § 7 D. de leg. I., in welcher ausdrücklich gesagt ist, dass beim Legat eines Teils der Erbschaft der Erbe das Heiratsgut stets vorher abziehen könne.

§ 9.

An dem Vermögensrest, wie er nach dem im angegebenen Umfange erfolgten Schuldenabzug übrig bleibt, gebührt dem Berechtigten der Niessbrauch. Hier aber erhebt sich die Frage: Welches ist der Zeitpunkt, der für die Berechnung des Vermögens massgebend ist?

Ein Vermögen ist keine unveränderliche Grösse, es vergrössert und verringert sich mit der Zeit, es kann durch eine glückliche

Spekulation oder durch einen anderen günstigen Umstand in kurzer Zeit bedeutend erweitert, durch schlechte Verwaltung oder widrige Zufälle in kurzer Zeit bedeutend reduziert werden. Daher ist es eine Frage von weittragender Bedeutung, welcher Zeitpunkt hier als massgebend angenommen werden muss. In früherer Zeit ist mit grosser Lebhaftigkeit und Ausführlichkeit, insbesondere von Noodt (S. 177 f.) und Castillo (cap. 44 S. 480 ff.), die Ansicht verfochten worden, dass das Vermögen bei dem ususfructus omn. bon. nur soweit in Betracht komme, als es zur Zeit der Testamentserrichtung bereits vorhanden gewesen sei. (Vgl. Glück S. 176.) So sagt Noodt (Noodt a. a. O.): „Potest igitur legari omn. bon. ususfructus; nec est dubium, quin eo legato contineatur ususfructus bon. omnium praesentium. De futuris quaeri potest? sed mihi videtur eo legato ususfr. bon. praesentium, non futurorum comprehendi: quando haec verba „meorum bonorum", si nihil addatur, in sermone tempus praesens, non futurum, indigitant; videtur igitur testator ea formula legasse usumfr. bonorum, quae eius erant tunc, *cum testaretur* . . . ." und Castillo (Castillo a. a. O., bes. S. 484, § 9; vgl. auch S. 483, § 5, 7, S. 482, § 3, 4): „huius modi legatum (sc. ususfr. o. b.) regulariter intellegendum tantum de usufructu bon. existentium tempore testamenti, nec ad bona futura extendi, quia testator non potuit praevidere, quae bona acquisiturus esset."

Beide Schriftsteller stützen ihre Ansicht hauptsächlich auf die l. 7 Dig. 34, 2, welche bestimmt: „Si ita esset legatum: „vestem meam", „argentum meum", damnas esto dare, id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset: nam cum dicit „vestem meam", „argentum meum", hac demonstratione „meum" praesens, non futurum tempus ostendit, idem est et si quis ita legaverit „servos meos".

Dass jedoch diese Stelle, die sich nur auf das Legat einzelner, individuell bestimmter Sachen bezieht, bei einem ganzen Vermögen keine Anwendung findet, geht deutlich aus mehreren Stellen hervor, in denen ausdrücklich bestimmt ist, dass beim Legat eines ganzen Vermögens der Legatar einen Anspruch auf alle bis zum Tode des Erblassers hinzukommenden Vermögensgegenstände hat. (Glück S. 178.) (Vgl. l. 8 § 8 Dig. 33, 8; l. 57 § 2 Dig. 15, 1; l. 20 § 1 Dig. 33, 1; l. 89 § 1 Dig. de leg. II; § 20 Inst. II, 20.) Insbesondere spricht dagegen § 20 J. II, 20, „si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore legatarii lucro vel damno est", und die ll. 28 Dig. 33, 7 und 28 Dig. 36, 2, die bei dem Legat eines fundus instructus als massgebende Zeit be-

züglich des Umfangs des Zubehörs die Zeit des Todes feststellen. Besonders aber scheint mir die Ansicht von Noodt und Castillo dadurch entkräftet zu werden, dass stets in den Quellen die Grösse des Vermögens eines Verstorbenen nach dem Bestande zur Zeit seines Todes beurteilt wird (vgl. l. 73 pr. Dig. 35, 2; l. 6 Cod. 3, 28 § 2 Inst. II, 22.) (Glück S. 177.) Es ist kein Grund vorhanden, weshalb die in l. 73 pr. Dig. 35, 2 allgemein ausgesprochene Regel: „in quantitate patrimonii exquirenda visum est *mortis tempus* spectari" bei dem Legat des Niessbrauchs an einem Vermögen keine Anwendung finden soll, zumal sie durch § 2 Inst. II, 22 (quantitas autem patrimonii *mortis tempore* spectatur") und l. 6 C. 3, 28 („si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit inspicitur") in Bezug auf verschiedene Verhältnisse wiederholt wird. Es ist vielmehr unbedingt anzunehmen, dass für die Berechnung des Vermögens zum Zwecke der Bestellung des Niessbrauchs an demselben die Zeit des Todes des Erblassers zu Grunde zu legen ist. Schon Voet hat dieser richtigen Ansicht mit den treffenden Worten Ausdruck gegeben (Voet S. 365 ad lib. VII, 1): „Nec interest, quo tempore bona testatoris acquisita fuerint, utrum ante an post conditam testamentum, si modo *mortis* tempore ad testatorem pertineant. uti enim diminutio bonorum post testamentum conditum contingens diminuisset fructuarii emolumenta, ita quoque augmentum eorundem commoda fructuario adferre, rationis est." Und in der That entspricht auch diese Ansicht allein dem mutmasslichen Willen des Testators. Denn die Zeit der Testamentserrichtung ist mehr oder minder zufällig und als Zeitpunkt für die Feststellung des Vermögensumfanges in Hinsicht auf den vielleicht viele Jahre später entstehenden Niessbrauch des Legatars sehr wenig geeignet. Welche Schwierigkeiten würden entstehen, wollte man in einem solchen Falle auf den Vermögensumfang zur Zeit der Testamentserrichtung zurückgehen! Die Zeit des Todes des Testators dagegen ist zur Feststellung der Höhe seines Vermögens der naturgemässe Termin. Denn wie überhaupt bei der Erbfolge *das* Vermögen des Erblassers, das er bei seinem *Tode* hatte, in Betracht kommt, so ist auch bei dem Vermögensniessbrauchslegat die Zeit des Todes des Testators der allein massgebende Zeitpunkt, wenn es sich um die Berechnung des dem ususfructus omn. bon. zu unterstellenden Vermögens handelt.[1])

[1]) Aus der bereits erwähnten l. 37 D. 33, 2, wonach im Falle eines Vermögensniessbrauchs der Niessbrauch am Hause nach Abbrennen desselben an dem Bauplatze besteht, kann, wie schon Castillo (S. 485) ausführt, ein Beweis für unsere Ansicht nicht entnommen werden. Denn die area ist nicht eine Erweiterung des Vermögens, die nach der Testamentserrichtung

§ 10.

An dem Reinvermögen, wie es sich nach Abzug der Schulden von dem zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Vermögensbestande darstellt, steht dem Bedachten der Niessbrauch so weit zu, als die Bestandteile desselben überhaupt dem Niessbrauch unterworfen werden können. Der Niessbrauch umfasst daher nicht nur die beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern auch sämtliche Rechte des Erblassers in dem eben bezeichneten Umfange.[1]) Es bleiben jedoch ausser Betracht einerseits solche insbesondere dem Familienrecht angehörende Rechte, die infolge ihrer höchst persönlichen Natur nicht übertragen und daher auch dem Niessbrauch nicht unterworfen werden können, andererseits die Ansprüche, die als actiones vindictam spirantes für den Niessbraucher keinen Vermögenswert haben, da er sie ja nicht geltend machen kann, wie z. B. „die Iurienklage, die inofficiosi querela und die Klage auf Reszission von Schenkungen wegen Undankbarkeit". (Steinberger S. 101.) Befinden sich in dem Vermögen Prädialservituten, so wird dem Niessbraucher zugleich mit dem Niessbrauch am Grundstück auch der an der Servitut erworben (vgl. darüber Held S. 47 f., Mansbach S. 45, Hanausek S. 91, Bürkel S. 41, Duncker S. 101); denn die Prädialservitut ist eine „qualitas praedii" (l. 86 D. 50, 16; l. 12 D. 8, 6), die das Schicksal des Grundstücks, dem sie zusteht, ipso iure teilt. (Noodt S. 183.) Die bekannte Streitfrage, ob auch an einer Prädialservitut ein Niessbrauch bestellt werden kann (vgl. l. 1 pr. D. 33, 2), kommt daher bei einem Vermögensniessbrauch nicht in Betracht, da hier der Usufruktuar des Grundstücks naturgemäss auch den Genuss der Servituten hat. (Vgl. darüber Lammfromm im Archiv für die civ. Prax., Bd. 87, S. 142 ff., Hanausek S. 84 f.; Bürkel S. 56, Noodt S. 127.)[2])

hinzugekommen ist, sondern sie bildete auch damals schon einen Bestandteil des Vermögens: „enimvero area ipsa, etsi testamenti tempore esset aedificata, in bonis testatoris remansit non de novo acquisita est." Auch der von Bürkel S. 95 angeführte Umstand, dass die Quellen bei der Aufzählung der dem Vermögensniessbrauch unterliegenden Gegenstände die Zeit der Testamentserrichtung nicht hervorheben, dürfte schwerlich als Argument zu verwrten sein.

[1]) Vgl. Castillo S. 131: „bonorum omnium usufructu relicto tunc veniunt in tali legato omnia bona mobilia, se moventia, immobilia, venalia, fructus quicunque et proventus ex rebus provenientes, iura actiones, et nomina débitorum ubique locorum existentia, pensiones domorum, annui redditus .... nulla res est, quae sub tali legato non cadit cfr. l. 69 D. 35,2; l. 3, l. 37 D. 33,2; l. 34 § 2 D. 7, 1.

[2]) Vgl. Noodt a. a. O.: „ipsum autem fundum accipi oportet, non simpliciter, *sed qualis est cum iuribus* ei inhaerentibus; ita non minus potest fructuarius fundi servitutibus, quam ipso fundo uti frui: quia verum est, eas non hominis sed praedii esse. l. 20 § 3 D. 8, 3.

An Personalservituten, die sich im Vermögen des Bestellers finden, kann nur dann der Niessbrauch stattfinden, wenn die Bestellung des ususfr. omn. bon. durch Rechtsgeschäft unter Lebenden geschah. Denn da die Personalservituten stets mit dem Tode des berechtigten Subjekts erlöschen, so können sie bei der Bestellung des Niessbrauchs durch letztwillige Verfügung als Bestandteile des Vermögens nicht in Betracht kommen.

§ 11.

Wir haben gesehen, dass der Niessbraucher in Höhe des zur Todeszeit des Erblassers festgestellten Vermögens den Niessbrauch beanspruchen kann. Da er jedoch von dem Erben, wie später noch genauer auszuführen sein wird, die Uebergabe der Niessbrauchsgegenstände erst nach gestellter Kaution verlangen kann (l. 13 Dig. 7, 1), so fragt es sich, wem die inzwischen bis zu diesem Zeitpunkte gezogenen natürlichen und zivilen Früchte des Niessbrauchsvermögens gebühren. Diese Frage wird beantwortet durch die l. 24 D. 33, 2:

„Uxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium, quae defunctus collocavit, post impletam ex S.Co. cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis, tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur, aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur."

Der Sinn dieser Stelle lässt sich dahin zusammenfassen: Der mit einem Vermögensniessbrauch Bedachte kann, sobald er Kaution geleistet hat, verlangen, dass ihm die Zinsen der noch vom Erblasser zinsbar angelegten Kapitalien übergeben werden. Und zwar gebühren ihm die nach der Kautionsleistung fällig werdenden Zinsen als Früchte zu Eigentum, da er zu dieser Zeit das alleinige Recht zur Perception derselben hat; die vor der Kautionsleistung fällig gewordenen Zinsen dagegen erhält er nicht als Früchte, — denn er hatte noch gar nicht das Recht, sie zu percipieren —, vielmehr werden dieselben zum Kapital hinzugeschlagen und als zu restituierende Summe in die Kaution aufgenommen. Anders verhält es sich mit den vom Erben angelegten Kapitalien. Hier gebühren die Zinsen allein dem Erben, während das Kapital dem Niessbraucher zu überlassen ist. Die infolge des Verzugs des Erben diesem zur Last fallenden Verzugszinsen fallen wie Früchte in das Eigentum des Niessbrauchers und sind daher in die Kaution nicht aufzunehmen.

Das Verständnis dieser Stelle, deren soeben angegebener Inhalt völlig der Billigkeit entspricht, haben sich die meisten Schriftsteller

durch eine m. E. unrichtige Uebersetzung der Anfangsworte derselben unnötig erschwert. Denn wenn Glück, Mansbach, Stammler, Bürkel u. a. (Glück S. 489, Mansbach S. 67, Stammler S. 148, Bürkel S. 91; vgl. auch Held S. 72 f., Zielonacki S. 129 f., Galvanus S. 209, Luden S. 109 Anm. 14, Steinberger S. 172 f., Böcking S. 260 N. 36, Rosshirt Bd. II. S. 251, Seuffert S. 225, Duncker S. 105 f., Burg S. 393) die Worte: „Uxori fructu bon. legato foenus quoque sortium quas defunctus collocavit, post impletam ex S.Co. cautionem praestabitur" übersetzen: *„Die nach der Kautionsleistung fällig gewordenen Zinsen* solcher Kapitalien, die der Erblasser noch angelegt hat, sind der Legatarin zu leisten", so erscheint mir dies nicht zutreffend. Denn wie Bürkel und Mansbach selbst zugeben, wäre bei einer solchen Uebersetzung die Anknüpfung des folgenden Satzes, der von den vor der Kautionsleistung fällig gewordenen Zinsen spricht, durch den eine Folgerung enthaltenden Ausdruck „igitur" höchst sonderbar und unverständlich.

Uebersetzt man den Anfang der Stelle so, wie Bürkel u. a. wollen, so hätte der Jurist vielmehr fortfahren müssen: *„Im Gegensatze zu dem eben Gesagten* müssen die vor der Kautionsleistung fällig gewordenen Zinsen zum Kapital hinzugeschlagen werden." Es kommt hinzu, dass nach der Bürkelschen Uebersetzung der Stelle der Jurist gar nichts davon gesagt hätte, dass die vor der Kautionsleistung fällig gewordenen Zinsen überhaupt dem Legatar gebühren, eine Voraussetzung, ohne welche die folgenden Worte nicht verstanden werden können.

Richtig übersetzt lautet die Stelle vielmehr so: „Wenn der Frau der ususfructus omn. bon. vermacht ist, so sind ihr auch die Zinsen der Kapitalien, die der Erblasser noch angelegt hat, zu leisten, sobald sie die erforderliche Kaution gestellt hat." (So anscheinend auch Hoffmann S. 180 und Hanausek S. 94.)

Dass diese Uebersetzung die allein richtige ist, ergiebt sich schon aus der Wortstellung. Denn während im folgenden Satze die vor der Kautionsleistung fälligen Zinsen mit den Worten „usuras .... ante cautionem interpositam debitas" bezeichnet sind, ergiebt sich aus der prädikativen Stellung der Worte „post impletam ex S.Co. cautionem" unzweifelhaft, dass sie nicht mit „foenus quoque sortium" in Verbindung gebracht werden können. Aber abgesehen von dem Wortlaut des Textes zwingt uns auch der Zusammenhang mit dem Folgenden zu der von uns angenommenen Uebersetzung. Denn jetzt erscheint die Verknüpfung der beiden Sätze durch „igitur" durchaus begründet. Der Jurist argumentiert folgendermassen: Alle Zinsen der vom Erblasser angelegten Kapitalien, gleichgiltig, ob sie vor oder nach der Kautionsleistung fällig werden, sind dem

Vermögensniessbrauchslegatar zu überantworten, sobald er die Kaution stellt. Dass er die nach geleisteter Kaution fällig werdenden Zinsen *zu Eigentum* erlangt, ist so selbstverständlich, dass es nicht besonders gesagt zu werden braucht. Denn wer sollte jetzt wohl anders die Zinsen erhalten, als derjenige, dem kraft der Kaution das unbestrittene Recht auf dieselben allein zusteht? Wohl aber ist eine Erklärung nötig bezüglich der Art und Weise, wie die vor der Kautionsleistung fällig gewordenen Zinsen dem Legatar zukommen. An diesen hat er ein so umfassendes Recht nicht. Denn weder hat er diese Früchte tatsächlich gezogen, noch stand ihm das Recht zur Ziehung derselben zu. *Daher* sind diese Zinsen dem Legatar nicht als Früchte auszuhändigen, sondern als Kapitalzuwachs, zu dessen Restituierung er nach Beendigung des Niessbrauchs verpflichtet bleibt.

Der Grund dafür, dass der Niessbraucher auch die vor der Kautionsleistung fällig werdenden Zinsen erhält, soweit die Kapitalien, auf Grund deren sie gezahlt werden, noch vom Testator angelegt sind, ist darin zu suchen, dass diese Zinsen ohne Einwirkung eines Dritten von selbst zu dem Vermögen hinzukommen. Sie erscheinen daher als zugehörig zur Substanz des Vermögens, an dem der Niessbrauch vermacht ist. (Glück S. 489.)

Andererseits hat der Legatar auf die Zinsen, die vom Erben angelegte Kapitalien einbringen, mit Recht gar keinen Anspruch. Denn diese Zinsen haben sich weder von selbst aus dem legierten Vermögen erzeugt, noch hat der Legatar ein Genussrecht an ihnen. Vielmehr ist hier allein der Erbe, der die Kapitalien angelegt hat, zum Genuss der daraus entspringenden Früchte berechtigt.

Was endlich noch die Bestimmung bezüglich der vom Erben zu leistenden Verzugszinsen betrifft, so erhält hier, wie Bürkel (Bürkel S. 93 f.) richtig bemerkt, der Legatar nur das, was er bei rechtzeitiger Leistung selbst als Früchte percipiert hätte. Zu einer Restitution dieser Zinsen kann er daher nicht verpflichtet sein.

Die analoge Anwendung der Bestimmungen der l. 24 l. c. auf natürliche Früchte gestaltet sich so, dass die vom Erblasser bestellten Früchte dem Legatar ausgehändigt werden, und zwar die vor der Kautionsleistung gewonnenen als Kapitalsteile, die nach derselben gewonnenen als Früchte. Dagegen fallen diejenigen natürlichen Früchte, die der Bewirtschaftung des Erben ihre Entstehung verdanken, soweit er sie vor der Kautionsleistung des Legatars percipiert, in sein Eigentum. Leistet der Niessbrauchsberechtigte Kaution, so hat ihm der Erbe auch die von ihm *bestellten*, aber noch nicht perzipierten Früchte gegen Ersatz seiner Verwendungen zu übergeben. (Vgl. l. 46 D. 22, 1; l. 48 D. 6, 1; l. 36 § 5 D., l. 37, D. 5, 3.)

III. Form der Leistung.

§ 12.

In welchem Umfange der Erbe beim Vermögensniessbrauchslegat dem Bedachten gegenüber zur Leistung verpflichtet ist, haben wir soeben gesehen. Es bedarf nun noch einer näheren Bestimmung der Form, in welcher der Belastete seine Verpflichtung zu erfüllen hat. Die Vorschrift der ll. 32 § 8 D. 33, 2 („usumfructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat: quaesitum est, an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit. Respondit, *heredis esse electionem,* utrum rerum an aestimationis usumfructum praestare vellet.") und 26 § 2 D. de leg. I. („sed oportet heredi succurri, *ut ipse eligat,* sive rerum partes sive aestimationem dare maluerit."), wonach bei dem Legat des Niessbrauchs an einer Vermögensquote dem Erben die Wahl zusteht, an dem betreffenden Teil des Erbschaftsvermögens selbst oder an der Schätzung desselben den Niessbrauch zu bestellen, hat mehrere Schriftsteller, insbesondere Brinz (Brinz Bd. I. S. 324) nach dem Vorgange von Cyrillus (Cyrillus, Scholien zu den Basiliken 41, 1 Nr. 68) bestimmt, auch bei dem Legat des Niessbrauchs am ganzen Vermögen dem Erben die Wahl zu lassen, ob er die Vermögensgegenstände selbst oder deren Schätzung zum Niessbrauch geben wolle.[1])

Allein diese Ansicht ist als richtig nicht anzuerkennen.[2]) Die Bestimmung der angeführten Stellen findet vielmehr bei dem Niessbrauch an einem ganzen Vermögen keine Anwendung, der Belastete hat hier den Niessbrauch an den Vermögensgegenständen selbst zu bestellen.

Gegen die Ausdehnung der Wahlbefugnis des Erben auf den ususfructus omnium bonorum spricht zunächst der Umstand, dass

---

[1]) Vgl. Brinz a. a. O.: „Die Frage, wie die Schulden in Abzug kommen sollen und ob ein solcher ususfructus an den Sachen oder an ihrem Werte gewährt werden dürfe oder müsse, bestand ebensowohl für den Fall, da ein ususfr.omn. bon., als für den, da ein ususfr. an einem aliquoten Teil des Vermögens vermacht war, *und dürfte für jenen wie für diesen dahin entschieden sein, dass dem onerierten Erben die Wahl zustehe.*

Vgl. Cyrillus a. a. O.: „si ususfructus bonorum legatus sit, ususfr. in omni re constituitur, deducto autem aere alieno praestatur; *in eius modi legato heredis electio est,* utrum rerum ipsarum an aestimationis earum usumfructum praestare velit."

[2]) Vgl. zu dem Folgenden: Bürkel S. 96 ff., Arndts S. 1034, Böcking S. 257 Anm. 11, Hanausek S. 4 ff., Rosshirt II., S. 175, Birkmeyer S. 217 f., Seuffert S. 383 Anm. 4 S. 372, Kohler a. a. O. S. 240.

in keiner der Stellen, die sich mit dem us. o. b. beschäftigen, auch nur andeutungsweise ein Recht des Erben, anstatt des Vermögens dessen Wert zu leisten, erwähnt wird.

In der l. 37 D. 33, 2 findet sich eine Aufzählung aller unter den us. o. b. fallenden Vermögensbestandteile, in den ll. 24 pr. D. 33, 2 und 1. Cod. 3, 33 wird die Berechtigung des Niessbrauchers bezüglich der ausstehenden Kapitalien erwähnt, die bereits mehrfach angeführte l. 34 § 2 D. 7, 1 bestimmt, dass beim Vermögensniessbrauch der Niessbrauch trotz Abbrennens des Hauses am Bauplatz weiter besteht — überall treten uns als Gegenstand des Vermögensniessbrauchs die Vermögensbestandteile selbst entgegen. Von der Befugnis des Erben zur Leistung einer Schätzung ist keine Rede. Es ist als sicher anzunehmen, dass, wenn eine solche Befugnis in Frage kommen würde, die Quellen sie besonders hervorheben würden.

Die Anwendung der für den ususfructus partis bonorum zu Gunsten des Erben gegebenen Wahl bei dem us. omnium bonorum ist um so ungerechtfertigter, als der Grund, der den Gesetzgeber zur Statuierung des Wahlrechts beim Niessbrauch an einer *Vermögensquote* augenscheinlich geleitet hat, bei dem Niessbrauch an einem ganzen Vermögen nicht zutrifft. Denn wenn der Niessbrauch an einem Teil des Vermögens legiert ist, wird es in sehr vielen Fällen äusserst schwierig, oft ganz unmöglich sein, eine befriedigende Teilung in natura vorzunehmen. Nehmen wir selbst an, eine solche Teilung ist möglich — nach welchen Grundsätzen soll der Erbe dann dem Legatar beim Fehlen einer Vorschrift des Testators die der legierten Vermögensquote entsprechenden Teile zuwenden? Dem Bedachten wird es auf individuell gleichgiltige Sachen (abgesehen von Geld) wenig ankommen, der Erbe dagegen wird seinerseits die wirtschaftlich wichtigen oder aus irgend einem anderen Grunde wertvollen Sachen behalten wollen. So wird sich eine Einigung nur schwer erzielen lassen. Wie soll aber vollends die Teilung bei einem solchen Legat vor sich gehen, wenn das Vermögen aus einer oder mehreren unverbrauchbaren Sachen, z. B. aus einem Grundstück, einem Geschäft oder einem Bauerngut, besteht? Hier bliebe nur die Bestellung des Niessbrauchs an einem ideellen Teile des Vermögens übrig. Abgesehen davon aber, dass eine solche Ordnung der Verhältnisse für beide Teile oft mit grossen Schwierigkeiten verknüpft sein wird, wird es auch meist einerseits mehr im Interesse des Bedachten liegen, wenn er anstatt des Nutzniessungsrechts an einer vom Erben ausgewählten Quote oder an einer gemeinsamen Sache den Niessbrauch an ihrer Schätzung hat, andererseits dem Erben angenehmer sein, den Niessbraucher mit

der Schätzung abzufinden, um im Alleingenusse etwa des Hauses oder des Landgutes zu bleiben.

Es kann also hier nicht der Wille des Erblassers als dahingehend präsumiert werden, dass der Legatar gerade an dem bestimmten Teile der Erbschaft in natura den Niessbrauch haben solle. Noch viel weniger aber wird man annehmen, dass er *zunächst* an den Niessbrauch an der Schätzung gedacht habe; es liegt vielmehr in dem legatum usufr. partis bon. die Absicht des Erblassers, dem Legatar auf irgend welche Weise den Genuss des angegebenen Teils seines Vermögens zu sichern (l. 26 § 2 D. de leg. I). Denn wenn er irgend einen bestimmten Wunsch gehabt hätte, so hätte es ihm ja freigestanden, diesem in unzweideutiger Weise, etwa mit den Worten: „aestimationis tertiae partis usumfructum", oder „fundi mei usumfructum do lego" Ausdruck zu geben.

Dass gerade dem Erben das Wahlrecht zusteht, geht aus dem allgemeinen Grundsatze hervor, dass bei einer alternativen Obligation stets der Schuldner — und das ist hier der Erbe — die Wahl hat.

Alle diese Erwägungen greifen beim Legat des Niessbrauchs am ganzen Vermögen nicht Platz. Denn wenn der Testator jemandem den Niessbrauch seines ganzen Vermögens vermacht, so liegt es augenscheinlich in seiner Absicht, den Bedachten im Genusse seines Vermögens selbst zu belassen und nicht etwa dem Erben freizustellen, ob er ihm anstatt dessen den Niessbrauch an der Schätzung desselben bestellen will. Der Hauptfall des Vermögensniessbrauchslegats ist die Bestellung desselben zu Gunsten des überlebenden Ehegatten. Der einzige Grund, weshalb der sterbende Ehegatte dem anderen nur den Niessbrauch und nicht die Proprietät hinterlässt, liegt in dem Wunsche, die Substanz des Nachlasses den Kindern und damit der Familie zu erhalten. Aber es widerspräche unzweifelhaft nicht nur dem Gefühl, sondern auch dem mutmasslichen Willen des Erblassers, wollte man hier dem Erben mittelst der Wahlbefugnis die Möglichkeit geben, den Niessbrauchslegatar aus dem Vermögen, aus seinem Haus, seinem Mobiliar, seinem Geschäft etc. zu vertreiben und ihm dafür den Niessbrauch an der Schätzung einräumen.

Dazu kommt, dass im Falle des Niessbrauchs am ganzen Vermögen die oben erwähnten Schwierigkeiten bezüglich der Teilung und der Auswahl der dem Niessbrauch zu unterstellenden Gegenstände nicht in Betracht kommt. Es ergiebt sich sonach sowohl aus dem Umstand, dass die Quellen von einer Wahlbefugnis des Erben beim us. omn. bon. nichts erwähnen, als auch aus der ganz verschiedenen Natur der in Betracht kommenden Verhältnisse, dass bei der Bestellung eines Vermögensniessbrauchs der Erbe ver-

pflichtet ist, an den Vermögensgegenständen selbst den Niessbrauch zu bestellen.

§ 13.

Wählt der Erbe bei dem Niessbrauch an einer Vermögensquote die Leistung in natura oder liegt ein Niessbrauch an einem ganzen Vermögen vor, so kann der Erbe die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Gegenstände zurückhalten.[1])

Es ist zwar begrifflich möglich, dass ein Nachlass überhaupt keine Schulden enthält; tatsächlich aber wird ein solcher Fall auch in Rom wohl kaum vorgekommen sein, da auch beim Nichtvorhandensein vom Erblasser kontrahierter Schulden die Erbschaftssteuer, sowie der etwa erforderliche Abzug der Pflichtteilsportionen sich als Belastungen des Nachlasses ergaben. Ein Schuldenabzug wird sich deshalb beim Legat des Niessbrauchs am Vermögen nicht vermeiden lassen.

Es fragt sich, nach welchen Regeln dieser Schuldenabzug vor sich geht. Der Erbe hat das grösste Interesse daran, dass die zurückbehaltenen Sachen zur Befriedigung der Gläubiger ausreichen; denn er allein ist ihnen für die Berichtigung sämtlicher Schulden haftbar, während der Niessbraucher, der ja nur an den bona deducto aere alieno den Niessbrauch hat, wegen der auf dem Erbschaftsvermögen ruhenden Lasten nicht in Anspruch genommen werden kann.[2]) (Kohler S. 246.)

Es entspricht daher der Billigkeit, dass im Zweifel der Erbe berechtigt ist, die ihm am geeignetsten erscheinenden Objecte zur Schuldentilgung zurückzubehalten. Allein diese Berechtigung des Erben erleidet, auch abgesehen von der generellen Vorschrift, dass er bei der Auswahl nicht in fraudem legatarii verfahren darf, wesentliche Beschränkungen. Obgleich diese wichtige Frage in den Quellen nicht entschieden ist, sind doch die nachfolgenden Bestimmungen, weil allein der Billigkeit entsprechend, als massgebend und allgemein anerkannt anzusehen.

Hat der Erblasser eine Bestimmung über die Art des Schuldenabzuges getroffen, so hat sich der Erbe danach zu richten. Ebenso

---

[1]) Vgl. zu dem folgenden: Bürkel S. 115 ff., Hanausek S. 4, Castillo S. 629, Birkmeyer S. 218.

[2]) Vgl. Kohler a. a. O.: „Zur Zahlung der Schulden zu veräussern, ist nicht Sache des gewöhnlichen Usufructuars, und wäre er auch usufructuarius omnium bonorum, sondern es ist Sache des Proprietars; und der Usufructuar hat sich nur gefallen zu lassen, dass der Proprietar zu diesem Zwecke veräussert, und dass er völlig und ohne Vorbehalt veräussert; er darf nicht widerstreben auf Grund seines Ususfrukts, denn er hat ja den ususfructus omnium bonorum und bona non sunt nisi deducto aere alieno."

cessiert naturgemäss das Wahlrecht des Erben, wenn aus dem Vermögen eine individuell bestimmte Sache geschuldet wird, und wenn er sich mit dem Legatar über eine bestimmte Art des Schuldenabzuges geeinigt hat. Trifft keine dieser Voraussetzungen zu, so hat der Erbe, in Berücksichtigung, nicht nur, wie Bürkel (Bürkel S. 116) will, des mutmasslichen Willens des Erblassers, sondern in gleicher Weise des Interesses aller Beteiligten, also insbesondere der Gläubiger und des Berechtigten, aber auch seines eigenen, die zur Schuldentilgung geeigneten Gegenstände auszuwählen und zwecks Beschaffung von Zahlungsmitteln zu veräussern. Wie bereits erwähnt, liegt es eben so sehr im mutmasslichen Willen des Erblassers, als im Interesse des Niessbrauchslegatars, dass ihm die wirtschaftlich wichtigen und aus irgend einem Grunde besonders zugedachten bezw. erwünschten Gegenstände erhalten bleiben. Hieraus ergiebt sich vor allem eine Richtschnur für den Erben. Er wird daher, „da das Vermögen ganz oder teilweise ein ihm materiell fremdes ist, wie ein ehrlicher Mann bei Verwaltung fremden Vermögens vorzugehen haben." (Hanausek S. 5.)

In diesem Sinne erscheint als zunächst zur Schuldentilgung geeignet das in der Erbschaft vorhandene bare Geld. Denn einerseits ist Geld am leichtesten zur Tilgung der Verbindlichkeiten zu verwenden, andererseits hat es für den Bedachten keine individuelle Bedeutung, die ihn die Erhaltung desselben besonders wünschen lassen könnte. Nächst dem baren Gelde kommen in Betracht die bereits fälligen oder demnächst fällig werdenden Forderungen und die weniger wichtigen beweglichen Sachen. Erst im Notfalle sind auch unbewegliche Sachen und Teile von solchen zur Schuldentilgung zu verwenden.

Schon Castillo (Castillo S. 629, ebenso Bürkel S. 117 f.) hat dies treffend ausgesprochen:

„Tenetur tamen heres primo satisfacere de pecuniis, si quae sit in hereditate, et eis deficientibus iura et actiones et nomina debitorum vendere. Deinde bona mobilia et tandem immobilia minus fructuosa et damnosa." (Vgl. auch l. 8 § 4 Cod. 6, 61.)

Können sich der Erbe und der Legatar nicht einigen, so entscheidet das richterliche Ermessen.

IV. Regelung der Schuldenhaftung.

§ 14.

Nach dem im Vorstehenden über den Umfang und die Form der Leistungspflicht Gesagten bedarf es eigentlich keiner besonderen Erörterung mehr darüber, in welcher Weise sich die Schuldenhaftung der Beteiligten gestaltet. Vielmehr ergiebt sich, auch wenn

es die Quellen nicht besonders betonen, aus der Auffassung, dass der Niessbraucher nur auf das nach Abzug der Schulden verbleibende Reinvermögen Anspruch hat, mit Notwendigkeit, dass die Schulden nur den Erben belasten.[1])[2]) (Vgl. l. 7 Cod. IV, 16). Der Niessbraucher steht bezüglich der Schulden ausser jedem Konnex mit den Gläubigern des Erblassers; auch wenn der Besteller in Unkenntnis gewisser Schulden ihm zuviel Vermögensstücke übergeben hat, haben die Gläubiger nicht etwa einen direkten Zugriff auf diese Objekte, sondern der Niessbraucher ist in diesem Falle nur dem Besteller gegenüber verpflichtet, die nachträgliche Schuldentilgung aus dem Niessbrauchsvermögen zu dulden. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur dann ein, wenn die in dem Vermögen enthaltenen Schulden auf den Usufruktuar nach den Regeln der Schuldübernahme infolge eines bei der Bestellung geschlossenen Vertrages oder einer besonderen Bestimmung des Testators übergegangen sind. (Vgl. Hanausek S. 2 f., Castillo S. 624 ff., Dernburg, Pand. I, S. 214, Elvers S. 597.)

V. Der Erwerb des Vermögensniessbrauchs durch Vermächtnis.

§ 15.

Die Frage, in welchem Moment der Vermögensniessbrauchslegatar die ihm zustehenden Rechte erwirbt, ist trotz der Verschiedenheit der das Vermögen ausmachenden Objekte für alle dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände in gleicher Weise[3]) dahin zu beantworten, dass der Niessbraucher seine Rechte, ohne vorher eine Anwartschaft darauf zu erlangen, erst in dem Zeitpunkte erwirbt, in dem der Erbe die Erbschaft antritt. (Vgl. Rosshirt II, S. 468; l. 1 § 2 D. VII, 3; l. 2, 3, 5 § 1 D. 36, 2; l. 9, l. 16 § 2 eod.) Denn während gewöhnlich der Legatar schon durch den Tod des Erblassers die vererbliche Anwartschaft auf das ihm vermachte Recht erwirbt (dies cedit), das Vermächtnis selbst aber erst nach angetretener Erbschaft fordern kann (dies venit)[4]), schliesst

[1]) Die entgegengesetzte Ansicht von Bartolus (vgl. Birkmeyer S. 216) ist bereits widerlegt worden.

[2]) Vgl. l. 7 cod. IV, 16: „Creditores hereditarios adversus *legatarios non* habere personalem actionem convenit, quippe cum evidentissime lex XII tabularum *heredes* huius rei faciat obnoxios."

[3]) Auf diese einheitliche Beantwortung der Frage in Bezug auf alle dem ususfr. o. b. unterworfenen Gegenstände ist deshalb besonders hinzuweisen, weil unsere Ansicht, wie bei der Besprechung der Bedeutung der Kaution näher zu erörtern sein wird, nicht unbestritten ist.

[4]) Vgl. l. 213 D. 50, 16.

die höchst persönliche Natur des Niessbrauchs eine derartige Regelung der Verhältnisse, die nur den Zweck hat, die Erben des Legatars zu sichern, falls derselbe vor dem Erbschaftsantritt stirbt, aus. So sagt Noodt (Noodt S. 183): „sed nec causa est, cur ante cedat dies, quippe cum ususfructus cum persona fructuarii finiatur nec ad heredem transferatur." Der Niessbraucher hat vielmehr erst dann ein Recht auf das Vermächtnis, „cum iam frui potest", d. h. im Moment der Erbschaftsantretung. Demnach fällt hier der dies cedens und der dies veniens zusammen. Allerdings bleibt dem Niessbraucher die tatsächliche Ausübung seines Rechtes bis zur Kautionsleistung noch vorenthalten.

Da die Liquidation des Erbschaftsvermögens zur Zeit des Erbantritts noch nicht erledigt ist, so ist das Recht des Niessbrauchers insofern noch unbestimmt, als erst nach der Schuldentilgung sich ergiebt, welche Gegenstände dem Niessbrauch wirklich unterliegen. (Bürkel S. 126.) Daher erwirbt der Niessbraucher sofort mit dem Erbschaftsantritte das vermachte Recht nur an solchen Gegenständen, deren Verwendung zur Schuldentilgung ausgeschlossen ist, sei es, weil überhaupt keine Schulden vorhanden sind, oder weil der Erblasser es besonders bestimmt hat, oder endlich, weil über die zur Erfüllung der Verbindlichkeiten zu verwendenden Gegenstände aus anderen Gründen ein Zweifel nicht entstehen kann. Soweit jedoch die vom Vermögen abzuziehenden Gegenstände noch nicht bestimmt sind, entsteht das Recht des Usufruktuars erst nach Ausscheidung der vom Erben gewählten Objekte an dem verbleibenden Rest. Ist das Legat unter einer Zeitbestimmung vermacht, so erwirbt der Legatar selbstverständlich das Recht nicht vor dem bestimmten Termin.

Die Vorschrift der Quellen, dass die Entstehung des Rechts des Niessbrauchslegatars von dem Antritt der Erbschaft durch den Erben abhängig sein soll, begründet die Befürchtung, dass der Belastete den Antritt in unrechtmässiger Weise verzögert und dadurch der Vermögensniessbrauchslegatar geschädigt wird. Denn abgesehen davon, dass der Bedachte ein Interesse daran hat, den Niessbrauch so bald als möglich ausüben zu können, ist es gerade bei einem ganzen Vermögen leicht möglich, dass es durch die Zögerung des Erben erheblich an Wert verliert. Ja, der Erbe könnte, wenn der Legatar schon alt ist, darauf spekulieren, dass er noch vor dem Erbschaftsantritte stirbt, und deshalb ungebührlich lange mit der aditio hereditatis warten. (Voet S. 379, Castillo S. 137.) Deshalb kann sowohl der Berechtigte von dem Erben Schadenersatz fordern, wenn infolge seiner Zögerung das ihm vermachte Vermögen vermindert worden ist, als auch können sogar die Erben

des Legatars von dem zur Niessbrauchsbestellung verpflichteten Erben *Schadensersatz* verlangen, wenn sie dadurch geschädigt sind, dass der Berechtigte infolge der mora des Erben den Zeitpunkt des Erbschaftsantrittes nicht mehr erlebt hat (arg. l. 36 § 2, l. 37 D. VII, 1). Denn es wäre ganz ungerechtfertigt, wenn der Erbe von seiner Zögerung noch Vorteil haben sollte, wie es auch Voet a. a. O. treffend ausführt: „Si tamen in adeundo heres moram fecerit, erit usufructus ex tempore morae factae et aestimatio fructuario eiusque heredibus praestanda; ne alioquin ex mora sua lucrum sentiat heres et mora prosit moratori."

§ 16.

Wir haben im Vorstehenden zu bestimmen gesucht, in welchem Zeitpunkte der Niessbrauchslegatar sein „Recht" erwirbt, ohne zu untersuchen, welcher Natur dieses Recht ist. Es ist daher notwendig, die Art dieses Rechts näher zu erläutern.

Während die Zeit des Erwerbs, wie wir gesehen haben, für alle Gegenstände des Vermögens gleichmässig eintritt, erwirbt der Legatar nicht unmittelbar das gleiche Recht an den seinem Niessbrauch unterliegenden Objekten.

Im älteren Rechte bestimmte sich die Art des erworbenen Rechtes nach dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung. (Luden S. 102 f., ausführlich Castillo S. 171 ff., Noodt S. 179.)

Danach unterschied man das legatum per vindicationem (l. 32 pr. l. 41 D. 33, 2), kraft dessen der Legatar unmittelbar ein dingliches Recht erlangte, und das legatum per damnationem (l. 3 pr. D. 7, 1), welches nur eine Obligation des Erben zur Bestellung des Legats statuierte. Dazwischen stand noch das legatum sinendi modo (l. 14 D. 33, 2), wonach der Erbe die Besitznahme seitens des Legatars zu dulden hatte. Seitdem durch Justinian (l. 1 C. VI. 43) die Verschiedenheit dieser Legatsformen beseitigt worden ist, unterliegt es keinem Zweifel, dass an unverbrauchbaren Sachen direkt das dingliche Recht des Niessbrauchs vermacht werden kann und im Zweifel vermacht wird.[1]) Es liegt kein Grund vor, beim Vermögensniessbrauchslegat diese Bestimmung nicht gelten zu lassen. Denn der von Rosshirt (Rosshirt II S. 181) zum Beweise dafür angeführte Grund, dass bei einem Vermögensniessbrauch „die Vollziehung des Legats immer nur als Forderungslegat gedacht werden kann", ist, wie schon Bürkel und Stammler (Bürkel S. 127, Stammler S. 118 Anm. 12) bemerken, völlig bedeutungslos. Denn wenn auch beim Vermögensniessbrauch immer eine Spezifikation

[1]) Vgl. Castillo S. 174: „ex omnibus legatis hodie vindicationem competere ideoque hodie generaliter usumfructum in testamento relictum constitui et acquiri ipso iure."

nötig ist, so hindert das doch nicht, die Entstehung eines dinglichen Rechts zu Gunsten des Legatars zuzulassen, insbesondere z. B. an solchen Gegenständen, die nach ausdrücklicher Vorschrift des Erblassers dem Niessbraucher zukommen sollen.

Anders verhält es sich dagegen mit den im Vermögen befindlichen verbrauchbaren Sachen. An diesen erwirbt der Legatar durch das Legat selbst kein dingliches Recht, sondern nur ein Forderungsrecht gegen den Erben auf Uebergabe. Das Eigentum, das ihm der quasiususfructus (unter dem hier auch der Niessbrauch an Forderungen verstanden wird) gewährt, erlangt er erst durch die Tradition seitens des Erben. (Ebenso Castillo S. 176, Bürkel S. 128 f., Hanausek S. 21, Mansbach S. 70, Heimbach S. 944, Seuffert S. 372, Frank S. 24, A. M. Stammler S. 120 ff., Elvers S. 584.) Es ist hier nicht der Ort, auf diese Frage, die zu lebhaften Kontroversen geführt hat, näher einzugehen. Als besonders beweisend für die hier vertretene Ansicht, die besonders von Bürkel, Hanausek, Mansbach und Seuffert verteidigt worden ist, erscheint mir die l. 7 D. 7, 5: „si vini, olei, frumenti ususfructus legatus sit, proprietas ad legatarium transferri debet" und der § 2 J. II. 4: „si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat" (vgl. auch l. 9 § 4 D. 10, 4; l. 1 § 17 D. 36, 3). In diesen beiden Stellen ist deutlich gesagt, dass die Uebertragung der verbrauchbaren Sachen die notwendige Voraussetzung ist für den Erwerb des Eigentums an denselben durch den Legatar. Diese Stellen zu widerlegen ist auch Stammler nicht gelungen; denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Quellen ein solches Gewicht auf die doch eigentlich selbstverständliche und auch beim verus ususfructus nötige Tradition legen sollten, wenn sie ihr nicht für den quasiususfructus eine besondere Bedeutung, nämlich die Begründung des Eigentums für den Legatar, zuschreiben würden.

Der hierdurch eintretende Unterschied in der Art des erworbenen Rechts beim verus und beim quasiusfructus hat seinen guten Grund. (Bürkel S. 130.) Denn während beim eigentlichen Niessbrauch der Belastete sein Eigentum in jedem Falle behält, ist er beim quasiususfructus nur dadurch gesichert, dass der Eigentumserwerb des Vermögensniessbrauchslegatars bis zu der nur nach geleisteter Kaution erfolgenden Tradition suspendiert bleibt.

VI. Rechte und Pflichten des Vermögensniessbrauchers.

§ 17.

Ist die dingliche Bestellung des Vermögensniessbrauchs vorgenommen, so bestimmen sich grundsätzlich die Rechte und Pflichten

des Niessbrauchers je nach der Art der Gegenstände nach den gewöhnlichen Regeln des verus oder quasiususfructus. Insbesondere erlangt er an den verbrauchbaren Sachen volles und unbeschränktes Eigentum, so dass auch die von ihm auf die betreffenden Gegenstände gelegten dinglichen Lasten nach Beendigung seines Ususfrukts weiter bestehen. Allerdings hat der Niessbraucher in solchem Falle finito usufructu dem Besteller Ersatz dafür zu leisten; denn er ist verpflichtet, eine der hingegebenen an Wert entsprechende Sache zu restituieren. Andererseits hat er alle auf dem Niessbrauchsvermögen ruhenden Lasten, auch die ausserordentlichen, zu tragen, soweit sie während der Dauer seiner Berechtigung fällig werden. (Vgl. l. 52 D. 7, 1; l. 27 § 3 D. 7, 1; l. 14 § 2 D. 50, 4; l. 11 D. 50, 5; l. 28 D. 33, 2; Luden S. 88, Glück S. 257.) Uebersteigen diese den ihm zufallenden Gewinn, so kann er bei Beendigung des Niessbrauchs die seinen Gewinn übersteigenden Verbindlichkeiten von der Restitutionssumme abziehen und zurückbehalten. Zu einer Bezahlung der Schulden des Bestellers ist er, wie bereits dargetan, in keinem Falle verpflichtet, da er sich ja die Schulden schon vorher von dem Vermögen hat abziehen lassen müssen . Dies ist vielmehr Sache des Erben.

Wird der Niessbraucher in Ausübung seines Niessbrauchsrechtes gestört, so steht ihm die actio confessoria sowie, da er Rechtsbesitzer ist, die interdicta retinendae possessionis, als utilia, also bei unbeweglichen Sachen das interdictum uti possidetis utile (l. 4 D. 43, 17), bei beweglichen Sachen das interdictum utrubi utile (Castillo S. 624 ff.) zu; ausserdem hat er bezüglich der in sein Eigentum übergegangenen verbrauchbaren Sachen die actio negatoria. Werden ihm Niessbrauchsgegenstände entzogen, so kann er die verbrauchbaren Sachen mit der rei vindicatio, die unverbrauchbaren mit dem interdictum unde vi utile (l. 3 § 13, 15 D. 43, 16) zurückfordern. Gegen denjenigen endlich, der ihm sein Recht bestreitet, oder ihn an der Ausübung desselben verhindert, steht ihm die actio confessoria zu.

Seine Rechte gegen den Erben auf Bestellung des ususfr. o. bon. kann der Niessbraucher dadurch geltend machen, dass er, abgesehen von der cautio legatorum servandorum causa, mit einer actio personalis bezw. mit der rei vindicato gegen ihn vorgeht (Tit. D. XXXVI. 3; Tit. Cod. VI. 54).

Sind sonach im Grunde die Rechte und Pflichten des Niessbrauchers an einem Vermögen von denjenigen des nur bezüglich bestimmter Gegenstände Berechtigten nicht verschieden, so bemerkten doch schon die Römer, dass bei dem ususfructus an einem Inbegriff von Gegenständen die bei dem ususfructus certarum rerum

platzgreifenden Regeln über die Rechte und Pflichten des Usufruktuars zu einer zweckmässigen Regelung des Verhältnisses nicht ausreichten. Die römischen Juristen bildeten deshalb zunächst bei dem Niessbrauch an einer Herde den Gedanken aus, dass der Niessbraucher die für ihn nicht mehr wertvollen Stücke veräussern dürfe, wenn er nur dafür neue anschaffe (vgl. Bendixen, Niessbrauch an einer Herde, Diss., Knieriem, Niessbrauch an einer Herde, vgl. auch Noodt S. 158/9, Kohler a. a. O. S. 221, Castillo S. 314).

In welcher Weise dieses sogenannte Dispositionsrecht und diese sogenannte Summissionspflicht von Kohler (Kohler S. 238 ff.) auf den Vermögensniessbrauch angewendet und so dem Usufruktur eine bedeutend freiere Stellung eingeräumt worden ist — davon wird bei der Besprechung unseres Instituts nach B. G. B. näher die Rede sein.

VII. Wesen und Bedeutung der Kaution für den Vermögensniessbrauch.

§ 18.

Aus der Natur des Vermögensniessbrauchs als einer Summe von Niessbrauchsrechten ergiebt sich, dass die nach römischem Recht zur Ausübung des Niessbrauchs notwendige Kautionsleistung bezüglich aller einzelnen Gegenstände besonders zu leisten ist. Und zwar hat der Niessbraucher bezüglich der unverbrauchbaren Sachen die gewöhnliche Kaution zu leisten, „usurum se boni viri arbitratu et cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit" (l. 1 pr. D. 7, 9), während bezüglich der verbrauchbaren Sachen die durch das Senatuskonsult eingeführte Kaution zu leisten ist, welche lautet: „ut quandoque mortuus aut capite deminutus sit eiusdem qualitatis res restituatur (aut aestimatis rebus certa pecunia) (vgl. l. 7 D. 7, 5; l. 2, 4, 6, 8, 10 D. eod.; § 2 J. II, 4).

Diese letztere Formel lautete nicht etwa alternativ, wie manche annehmen, der Niessbraucher solle tantundem eiusdem generis oder dessen Schätzung zurückgeben. Vielmehr ist in die Kaution eine von beiden Leistungen bestimmt aufzunehmen. Denn es ist kein Grund vorhanden, dem Niessbraucher zu ungunsten des Bestellers die Möglichkeit zu geben, eine Preisdifferenz für sich zu benutzen. (Vgl. Windscheid S. 929 Anm. 3, Frank S. 29, A. M. Madai, Beiträge zur Erläuterung des gemeinen Civilrechts, 1839, S. 141, Puchta, Pand., § 182, Sintenis, Civilrecht, S. 563 ff.) Dass die Kaution nicht für das ganze Vermögen einheitlich gestellt wurde, geht, abgesehen davon, dass die Verschiedenheit der Objekte auch eine Verschiedenheit des Inhalts der Kaution erheischt, daraus her-

vor, dass in den Quellen von einem besonderen, beim ususfr. o. bon. üblichen Kautionsformular nichts erwähnt wird. (Hanausek S. 6 Anm. 15.)

§ 19.

Bei der grossen Bedeutung, welche die Kautionsleistung auch für den ususfr. o. bon. hat, ist die Frage berechtigt, ob sie zum Wesen desselben gehört. Diese Frage ist bereits von Galvanus, Voet[1]), Castillo (Galvanus S. 208 ff., Voet S. 394, Castillo S. 232 ff., Glück S. 417) und besonders von Glück aus überzeugenden Gründen verneint worden. Für den verus ususfructus ist die cautio schon deshalb nicht wesentlich, weil so der Besteller kraft des ihm verbleibenden *Eigentums* finit usufructu die Niessbrauchsgegenstände zurückfordern kann, so dass ihm die cautio usufr. nur „ein plus von Befugnissen" giebt. (Hanausek S. 3 f.) Die weitere Funktion der cautio beim verus ususfructus, den Niessbraucher wegen schädlicher Unterlassungen, deren Ersatz mit der lex Aquilia nicht gefordert werden kann, haftbar zu machen, reicht nicht aus, um sie zu einem substantiale des verus ususfr. zu machen.

Dass aber auch dem quasiususfr. die Kaution nicht wesentlich ist, geht aus folgendem hervor (Glück S. 417, Held S. 70): *I.* Die Kaution ist nur ein Sicherungsmittel, das künftigen Rechtsverletzungen vorbeugen soll, ohne dass dadurch das Wesen des quasiususfr. berührt wird. Das Wesen des quasiususfructus besteht in der Verpflichtung des Niessbrauchers, bei Beendigung seines Rechts Gegenstände gleicher Art oder deren Wert zurückzuerstatten. Diese Verpflichtung aber besteht nach l. 5 D. 7, 5 auch ohne Kautionsleistung.

II. Die Kaution bezweckt nur den Vorteil des Bestellers, der deshalb auf sie verzichten kann, ohne dass dadurch das Recht des Niessbrauchers das Wesen des quasiususfr. verliert.

III. In gewissen Fällen ist die Kaution auch für den quasiususfr. durch Gesetz erlassen, so dass sie hier unmöglich zum Wesen des Niessbrauchs gehören kann.

Diese richtige Ansicht ist auch von Held, Bürkel, Hanausek und Windscheid (Held S. 69 f., Bürkel S. 145 f., Hanausek S. 37, Windscheid I. S. 929 Anm. 3) verteidigt worden. Im Gegensatz dazu findet sich bei Donellus (Donellus, lib. X, cap. IV, § 15) die Ansicht: „apparet cautione non interposita nullum earum rerum usumfructum intelligi posse", und auch Elvers (Elvers S. 585) behauptet, dass „die Kautionsleistung dem ganzen Verhältnis erst den Charakter

[1]) Vgl. Voet a. a. O.: „non enim credendum est deficiente cautione verum aut quasiusumfructum substantiali aliquo requisito destitutum esse."

des beabsichtigten quasiususfr. verleihe."[1]) Allein von ihnen ist die Substantialität der Kaution ebensowenig bewiesen worden, wie von Duncker (Duncker S. 120), dessen Beweisführung sich hauptsächlich auf die l. 2 D. 7, 5 und den § 2 J. II, 4 stützt In diesen Stellen aber wird die Kaution nicht, wie Duncker annimmt, „als ein wesentliches, den Uusfrukt bedingendes Element" hingestellt, es bedeuten vielmehr die Ausdrücke „remedio introducto" und „per cautionem quasiusumfructum constituit" nur, dass natürlich, wenn man den quasiususfr. einführen wollte, für ihn eine neue Kautionsformel angewendet werden musste, ohne dass diese deshalb zum Wesen desselben zu gehören braucht.

§ 20.

In engem Zusammenhange mit der eben behandelten Frage steht die andere, ob die Kaution erlassen werden kann. Denn wenn man die Kaution für wesentlich hält, so folgt daraus mit Notwendigkeit, dass man einen Erlass derselben nicht für statthaft erklären kann. Nach unserer Ansicht dagegen steht dem Erlass der Kaution durch Vertrag bei der Bestellung des Niessbrauchs durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nichts entgegen. (Castillo S. 427, Glück S. 485, Held S. 71.) Denn die von Donellus und Noodt (Donellus lib. X. c. 14 § 6, Noodt S. 164) vertretene Anschauung, der Erlass der Kaution enthalte ein pactum de dolo non praestando und sei deshalb unzulässig, ist durch nichts zu begründen und hat auch keine Anhänger gefunden.[2]) (Vgl. Luden S. 99, Hornemann S. 26, Hoffmann S. 176, Gothofredus n. f. ad. l. 1 C. 3,33, Held S. 69, Luden S. 98 f, Castillo S. 227, a. M. Noodt S. 164; ganz unzutreffend Zielonacki S. 122-123, Glück S. 419.)

Und auch darüber kann wohl kein Zweifel sein, dass bei dem Vermächtnis des Niessbrauchs der Erbe dem Bedachten die Kautionsleistung erlassen kann. Denn da die Kaution einzig und allein seinem Vorteile dienen soll, so ist nicht einzusehen, weshalb er nicht auf diesen ihm vom Gesetz gewährten, aber doch nicht aufgezwungenen Vorteil verzichten dürfen sollte! Ausserdem aber hat

---

[1]) Für den verus ususfr. muss auch Elvers (S. 558) zugeben, dass „in dem Wesen der Ususfrukt-Bestellung so wenig ein Grund liegt, der eine Bürgschaft erforderlich machte, wie in irgend einem anderen freiwilligen Rechtsgeschäfte."

[2]) Vgl. Voet S. 392: „sed et dubium vix esse potest, quin is, qui actu inter vivos usumfructum constituit, recte fructuario per expressam conventionem remittat cavendi necessitatem; uti et heres testatoris usumfructum legantis, cum ita uterque non alieno sed suo iuri renuntiet, quod lege permittitur." l. 71 D. 35, 2: „quod solum heredis respicit utilitatem."

der Erbe dem Berechtigten gegenüber, soweit es hier in Betracht kommt, genau dieselbe Stellung, wie derjenige, der kraft eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden zur Bestellung des Niessbrauchs verpflichtet ist, so dass eine Verschiedenheit in der Befugnis zur Erlassung der Kautionsleistung ganz ungerechtfertigt erscheint. Endlich aber trifft der Grund, wegen dessen dem Erblasser der Kautionserlass verboten ist, für den Erben nicht zu. [1])

Dem Erblasser nämlich ist durch besondere Gesetzesbestimmungen die Befugnis zum Erlass der Kaution untersagt. Deutlich bestimmt dies die l. 6 C. VI, 54: „ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur minime satisdationem remitti testamento posse". Es geht dies auch hervor aus l. 6 D. 36, 4, und für den Vermögensniessbrauch insbesondere aus l. 1 C. 3, 33. Zunächst ist es nötig, gegenüber der Meinung älterer Juristen festzustellen, dass sich die oben angeführte Stelle nicht nur auf den darin angeführten Teil der Kaution, sondern auf die ganze Kaution bezieht. Dies geht, abgesehen von allen anderen Beweisen, schon daraus zur Evidenz hervor, dass das Verbot des Kautionserlasses auch für die cautio quasiusufructuaria gilt, die von dem „utifrui boni viri arbitratu" nichts enthält. (Vgl. Voet S. 392, Glück S. 477, Luden S. 98, Noodt S. 164.)

Der Grund für diese Beschränkung der Verfügungsmacht des Erblassers liegt weder in der Wichtigkeit der Kaution für das Zustandekommen des Niessbrauchs (so Duncker S. 111, Hanausek S. 37, Molitor S. 393), noch in der Besorgnis, der Niessbrauch an den verbrauchbaren Sachen könne sonst zu leicht in volles Eigentum übergehen (so Rosshirt II. S. 182, Held S. 68). Der wahre Grund der Bestimmung ist vielmehr m. E. darin zu suchen, dass der testator, wenn er jemanden zum Erben einsetzt, nicht befugt sein soll, das Recht desselben durch den Erlass der Kaution zu verkümmern. Denn wenn er auch in der Wahl des Erben unbeschränkt ist, so soll es ihm doch, wenn er einmal einen Erben einsetzt, nicht mehr freistehen, dessen Sicherheit beliebig zu beschränken. Es wäre auch, wie Bürkel (Bürkel S. 149 vgl. Hornemann S. 32, Hoffmann S. 169) richtig ausführt, unvernünftig, wenn der Testator dem Erben das Eigentum zuwenden will und ihm das Mittel, das zu seiner Sicherheit dient, entzieht. Wenn Arndts (Arndts S. 337 Anm. 3.) hiergegen geltend macht: „Aber warum denn soll demjenigen, dem es freisteht, das Eigentum einer Person ganz zu ent-

[1]) Während Glück S. 419 deutlich ausspricht, dass der Erbe die Kaution erlassen könne, sagt er S. 485: „So wenig nun also der Testator die Kaution erlassen kann, ... ebensowenig kann es sein Erbe selbst." Dieser Widerspruch lässt sich nicht lösen.

ziehen, nicht freistehen, ihr dasselbe zu hinterlassen, aber ohne Sicherheit?" so ist darauf zu erwidern: Allerdings kann der Erblasser dem Erben das Eigentum ganz entziehen; wenn er es ihm aber belässt, so schützt das Gesetz mit Recht den Erben gegen eine Verfügung des Erblassers, die ihm die sicherste Grundlage seines Rechtes wieder entziehen würde, und die insofern „unvernünftig" wäre. —

Dieser Grund ist für das Verbot des Kautionserlasses durch den Testator vollkommen ausreichend, und es ist daher ganz unbegründet, die Bestimmung mit der lex Falcidia und den leges Julia et Pap. Popp. und vicesimaria in Verbindung zu bringen, als hätte dadurch verhütet werden sollen, dass Ehegatten durch den Kautionserlass sich das Eigentum anstatt des Niessbrauchs hinterliessen. Böcking, Elvers, Hanausek, Dernburg u. a. (Böcking § 165 n. 44, Elvers S. 554 f., Hanausek S. 37 f., Dernburg Band I. § 248, Anm. 1.) ziehen aus dieser unbegründeten Ansicht den ebenso unbegründeten Schluss, dass mit der Aufhebung der erwähnten Gesetze auch die Möglichkeit des testamentarischen Kautionserlasses gegeben sei. Allein diese Meinung wird bezüglich der lex Falcidia schon von Voet (Voet S. 393 N. 9) treffend widerlegt: „Et quamvis iure novo Falcidiam vetari posse per testatorem certum sit, Nov. I. c. 2 in fin., non tamen recte inde deduxeris fructuariae ergo cautionis exactionem heredi iure per testatorem prohiberi; cum Falcidia primario in testatoris gratiam excogitata sit, ne supremum eius indicium destituatur, pr. J. II. 22, at fructuaria cautio principaliter concernat *heredis* utilitatem."

Ebensowenig aber wie durch das Schicksal der lex Falcidia ist das Verbot des Kautionserlasses auch durch die beiden anderen Gesetze in seinem Bestande berührt worden. (Bückel S. 148, Windscheid S. 923 Anm. 9.)

§ 21.

Ist nun bei einem durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bestellten ususfructus omn. bon. die Kaution nicht erlassen, oder handelt es sich um einen ususfructus bonorum legatus, so ist noch die Frage zu beantworten, welche Bedeutung der Kaution zuzuerkennen ist. Wir haben bereits gesehen, dass das dingliche resp. obligatorische *Recht* des Niessbrauchers bereits mit dem Erbschaftsantritt entstanden ist, sodass die Kautionsleistung den ihr von Elvers (Elvers S. 554 ff.) gegebenen rechtsbegründenden Charakter nicht haben kann. Es ist ihr vielmehr nur die Wirkung zuzuschreiben, dass erst nach ihrer Bestellung der Niessbraucher vom Erben die Gestattung der Ausübung des Niessbrauchs, d. h. die Uebergabe der

dem Niessbrauch unterliegenden Sachen und die Cession der Forderungen beanspruchen kann. (Vgl. Glück S. 421, Mansbach S. 65, Duncker S. 114, Bückel S. 130 f., Stammler S. 132.) Dies geht einerseits daraus hervor, dass in keiner der Stellen, die von der Entstehung des Niessbrauchsrechts handeln, (cfr. l. un. D. VII, 3; l. 2 Dig. 36,2; l. 18 D. VII, 4) die Kautionsleistung als Voraussetzung der Entstehung erwähnt wird, andererseits ausdrücklich gesagt ist, dass die Ausübung des Niessbrauchsrechts durch die Kautionsleistung bedingt sei.

Dies geht unzweideutig hervor aus l. 13 pr. D. VII, 1, wo es heisst: Si usufructus legatus sit non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum" und aus l. 6 D. 36, 4: „nisi satisdetur, agi cum herede non poterit (sc. ab usufructuario)". Aus der zweiten Stelle ist zugleich zu schliessen, dass die Worte „non prius dandam actionem" in der l. 13 loc. cit. nur die Klage des Niessbrauchers gegen den Erben auf Bestellung des Niessbrauchs bezeichnen sollen. Nicht weniger aber geht die Suspendierung der Geltendmachung des Niessbrauchs bis zur Kautionsleistung aus der l. 1 Cod. III, 33 hervor, einer Stelle, die wegen der falschen Erklärung, die sie bei vielen gefunden hat, eine nährere Betrachtung verdient, zumal sie sich gerade mit dem Vermögensniessbrauch beschäftigt.

Die Stelle lautet: Si usufructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est: quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter *a debitoribus solutam pecuniam* accipere poteris quam oblata secundum formam S. Ci. cautione."

Wie Burg (Burg a. a. O. S. 399.) m. E. in überzeugender Weise dargetan hat, handelt diese Stelle von dem in einem usufructus omnium bonorum enthaltenen ususfr. nominis und sagt hierüber: Wenn dem Ehemann von der Frau testamentarisch der Vermögensniessbrauch vermacht ist, so kann der Mann, auch wenn ihm die Kaution von der Frau erlassen ist, das von den Schuldnern einlaufende Geld nur dann in Empfang nehmen, wenn er die cautio quasiusufructuaria geleistet hat.

Die Worte der Vorschrift enthalten demnach einen Beweis für unsere Behauptung, dass die Ausübung des Niessbrauchsrechts, hier also die Einziehung der Forderung, bis zur Kautionsleistung suspendiert ist. Die hier vertretene Anschauung, die ausser von Burg auch von Windscheid, Luden, Hoffmann, Held, Hanausek und Glück als richtig anerkannt wird, ist sehr bestritten. (Windscheid S. 931 Anm. 14, Luden S. 109 Anm. 14, Hoffmann S. 178, Held S. 51, Hanausek S. 95, Glück S. 409. Vgl. über die Stelle auch Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, S. 497 N. 15.)

Denn nach der zuerst von Steinberger vertretenen Ansicht, der auch Mansbach, Bückel, Duncker, Elvers, Stammler und Lahovari (Steinberger S. 173, Mansbach S. 50, Bückel S. 63 und 137, Duncker S. 105, Elvers S. 598 ff., Lahovari S. 48, Stammler S. 77 vgl. auch Rosshirt II. S. 182) rückhaltslos zustimmen, ist in unserer Stelle nicht davon die Rede, dass der Usufructuar ohne Kautionsleistung die Forderungen nicht einziehen, sondern dass er vielmehr das von den Schuldnern bereits an den Erben gezahlte Geld von diesem nur oblata cautione verlangen könne.

Aber wenn auch Duncker auf die „überzeugende Ausführung" Steinbergers hinweist und Mansbach behauptet, die Unrichtigkeit unserer Ansicht sei von Steinberger mit Berücksichtigung der entsprechenden Basilikenstelle „in der überzeugendsten Weise dargetan worden", so scheint mir im Gegenteil seine Auffassung ganz unhaltbar.

Denn aus der Stellung der Worte des lateinischen Textes: „a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris", geht schon hervor, dass die richtige Uebersetzung nur lauten kann: „Du wirst von den Schuldnern das gezahlte Geld nur in Empfang nehmen können"; wenn der Kaiser hätte sagen wollen, „du wirst das von den Schuldnern gezahlte Geld nur etc. . . . .", so hätte er höchstwahrscheinlich die attributive Stellung „pecuniam a debitoribus solutam" gewählt.

Eine bedeutende Unterstützung erhält diese Interpretation durch die Uebersetzung der Stelle in der Basiliken, und es ist, wie auch Burg richtig bemerkt, unbegreiflich, wie Steinberger und seine Anhänger (abgesehen von Stammler S. 77) ihre Ansicht auf diese Stelle haben stützen können. Denn der Wortlaut des griechischen Textes: „ὁμοίως οὐν οὐτως παρὰ τῶν χρεωστῶν τὰ καταβαλλόμενα χρήματα λαβεῖν δυνήσῃ, εἰ μή" lässt sich ohne jeden Zweifel nur übersetzen: „Du wirst von den Schuldnern das gezahlt werdende Geld nicht erlangen können." Dies zeigt die prädikative Stellung der Worte „παρὰ τῶν χρεωστῶν" und vor allem die Präposition „παρά", die durch „ὑπό" ersetzt werden müsste, wenn man übersetzen wollte: „das von den Schuldnern gezahlte Geld." Aus der Form „καταβαλλόμενα" geht keineswegs hervor, dass das Geld bereits gezahlt sei; denn es ist nicht Perfektum, sondern Präsens, daher gut mit Burg zu übersetzen durch „die einlaufenden Gelder". Damit ist bewiesen, dass die Stelle nur den Sinn haben kann, dass die Eintreibung der Forderungen durch den Niessbraucher nur nach erfolgter Kaution geschehen kann.[1])

[1]) Der Schuldner selbst kann jedoch dem klagenden Niessbraucher die Einrede der mangelnden Kautionsleistung nicht entgegensetzen, da dies

§ 22.

Auf die Kautionsleistung kann der Kautionsberechtigte klagen mit einer condictio incerti, die deshalb incerti heisst, weil ihre intentio auf ein facere, nämlich auf die Kautionsleistung, geht (l. 5 § 1 D. VII, 5; l. 7 pr. D. VII, 9). (Vgl. Held S. 73, Mansbach S. 84, falsch Donellus lib. X. cap. IV. p. 486, cfr. Lahovari S. 52 Anm. 161.)

Diese Klage steht dem Kautionsberechtigten auch nach der Uebergabe der Niessbrauchsgegenstände noch zu; denn es wird nicht vermutet, dass der Besteller auf die Kaution verzichtet habe. Unzutreffend ist die Ansicht von Elvers, dass die Klage auf Kautionsleistung nur im Falle eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Innominatkontraktes gegeben sei. (Vgl. Hanausek S. 35, Bürkel S. 143.) Denn in den Stellen, in denen die Kautionsklage gegben wird, ist von einem vorhergehenden Innominatkontrakte nicht die Rede. Die Klage ist vielmehr stets zulässig, selbst wenn z. B. der Kautionsberechtigte sein Recht gar nicht gekannt hat.

Aber die direkte Klage ist nicht das einzige Mittel, durch das der Besteller die Kautionsleistung herbeizuführen vermag. Auch darin liegt vielmehr ein Zwang für den Berechtigten, die Kaution zu leisten, dass der Besteller die Einräumung des Niessbrauchs so lange verweigern kann, als ihm nicht die Kaution geleistet ist (Lahovari S. 52, Elvers S. 586) (arg. l. 5 § 1, l. 8 D. VII, 5; l. 24 D. 33,2; l. 13 D. VII, 1; l. 6 D. 36, 4; l. 1 Cod. III, 33; vgl. auch l. 10 § 1 D. VII, 5). Ausserdem werden, wie bereits erwähnt, die bis zur Kautionsleistung fällig werdenden Zinsen vom Erblasser angelegter Kapitalien zum Kapital geschlagen und müssen restituiert werden; die Zinsen der vom Erben angelegten Kapitalien lukriert der Erbe selbst. Es liegt daher im eigensten Interesse des Niessbrauchers, so bald als möglich zu kavieren.

Hat der Besteller die Niessbrauchssachen bereits übergeben, so

---

eine unzulässige exceptio ex iure tertii wäre. Vgl. darüber Mansbach S. 74 ff., Windscheid I. S. 923, Elvers S. 559, Bürkel S. 131, Duncker S. 116, Seuffert S. 225, Anm. 9, Stammler S. 166, Dernburg, Pand. I., S. 207 Anm. 11,: Wohl aber kann der vom Niessbraucher vor der Kautionsleistung verklagte Schuldner sich darauf berufen, dass das Recht des Niessbrauchers zur Geltendmachung und Einklagung der Forderungen nur auf Grund der Abtretung derselben seitens des Erben entsteht, die ihrerseits nur gegen Kautionsleistung zu geschehen braucht. Vorher ist der Niessbraucher zur Einklagung nicht legitimiert, es fehlt ihm also die Aktivlegitimation. Ja, das Gericht hatte den Mangel der Kautionsleistung sogar von Amtswegen zu beobachten, da erst mit der Behauptung der erfolgten Kautionsleistung seitens des Niessbrauchers dessen Anspruch gehörig substanziiert ist. Dernburg, Pand. I, S. 207 Anm. 11.

kann er bezüglich der unverbrauchbaren Sachen die rei vindicatio oder actio Publicana (l. 4 Cod. 9,32; l. 7 § 9 D. VI, 2), und, falls die Sachen beim Usufruktuar nicht mehr vorhanden sind, eine actio in factum anstellen; bezüglich der verbrauchbaren Sachen steht ihm in diesem Falle, falls der Niessbraucher ohne seinen Willen besitzt, die condictio sine causa und das interdictum quod legatorum (l. 1. § 2 D. 43, 3), sowie, falls er die Sache nur in der Voraussetzung der nachfolgenden Kaution übergeben hat, die condictio causa data causa non secuta zu. (Bürkel S. 140.)[1])

Macht der Niessbraucher diesen Klagen gegenüber die Einrede geltend, dass die Uebertragung zum Zwecke der Niessbrauchsbestellung geschehen sei, so wird er mit der replicatio non impleti cautionis zurückgewiesen. Da es ihm aber freisteht, den Erfolg aller dieser Klagen durch Kautionsleistung abzuwenden, so wird auch durch sie in der bezeichneten Hinsicht ein Druck auf den Niessbraucher ausgeübt.

VIII. Beendigung des Vermögensniessbrauchs und Restitution des Niessbrauchsvermögens.

§ 23.

Die Beendigung des Vermögensniessbrauchs tritt nach den für die einzelnen Gegenstände geltenden Regeln ein. Danach erlischt er in Bezug auf alle Vermögensbestandteile durch den Tod des Niessbrauchers (l. 3 § 3 D. VII, 4), durch capitis diminutio maxima und media (l. 16 C. III, 33; § 1 Inst. III, 11; § 3 Inst. II, 4; vgl. l. 9 D. VII, 5; l. 7 § 1 D. VII,9), bei juristischen Personen durch Ablauf von 100 Jahren (l. 56 D. VII, 1; l. 8 D. 33,2), ferner durch Eintritt eines Endtermines oder einer Resolutivbedingung (l. 16 D. VII, 4), durch angenommenen Verzicht, sowie dadurch, dass der Niesbraucher Universalsuccessor desjenigen wird, der die Restitution verlangen kann (l. 57 D. VII, 1; l. 17 D. VII, 4).

Nur bezüglich der unverbrauchbaren Sachen endigt der Vermögensniessbrauch durch den Untergang oder die wesentliche Ver-

---

[1]) A. M. Hanausek S. 35, welcher der Ansicht ist, dass der Besteller constante usufructu nur die Klage auf Kautionsleistung hat und die Gegenstände selbst erst finito usufructu fordern kann. Diese Ansicht entnimmt er der l. 5 § 1 D. VII, 5: „Si pecuniae sit usufructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, *finito usufructu* an pecunia, quae data sit vel ceterae res, quae in absumtione sint, condici possint, sed si quidem adhuc *constante usufructu* cautionem quis velit condicere dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione: sed si finito usufructu quantitatem Sabinus putat posse condici .... .. quae mihi non inarguta videntur.“ Diese Stelle schliesst jedoch eine constante usufructu stattfindende Rückforderungsklage nicht aus. Vgl. Bürkel S. 141.

änderung der Sache (l. 5 § 1—3, l. 8, 9, 10 pr. § 1 D. VII,4; vgl. l. 5 § 2, l. 10 § 5 D. VII,1) und durch Nichtgebrauch (l. 16 pr. § 1 Cod. III,33).

Der Vermögensniessbrauch als solcher endigt auch nach Vorschrift der l. un. Cod. V, 10, wenn eine Witwe, welcher der Ehemann den ususfructus bonorum hinterlassen hat, zur zweiten Ehe schreitet. In diesem Falle fällt der Niessbrauch an die aus der ersten Ehe stammenden Kinder. (Luden S. 210 ff., Hanausek S. 257, Noodt S. 185 ff.)

Nach Beendigung des Niessbrauchs kann der Kautionsberechtigte die Restitution des Niessbrauchsvermögens verlangen. Unverbrauchbare Sachen hat der Vermögensniessbraucher in dem Zustande zurückzuliefern, in dem sie sich nach ordnungsmässigem Gebrauch befinden müssen (l. 1 pr. D. VII, 9); bezüglich der verbrauchbaren Sachen bestimmt sich die Art der Restitution vorzugsweise nach dem Inhalte der Kaution. Insbesondere ist aus der Kaution zu entnehmen, ob anstatt der durch den quasiususfructus in das Eigentum des Niessbrauchers gelangten Niessbrauchsobjekte Gegenstände gleicher Art oder deren Schätzung zu restituieren ist. Dass in der Kaution das eine oder das andere festgestellt sein muss und nicht etwa eine Alternativobligation des Berechtigten vorliegt, ist bereits dargetan worden. (Hanausek S. 30, Bürkel S. 44, Held S. 72.)

Wie aber ist die Restitution zu leisten, wenn eine Kaution überhaupt nicht gestellt wurde, oder in derselben über die Art der Rückgabe nichts erwähnt war? Hier wäre zwar das Naturgemässe Leistung von Sachen derselben Art; aber die Ansicht des Gaius in der l. 7 D. VII, 5: „. . . aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, *quod et commodius est*", wonach die Restitution der Schätzung als das Zweckmässigere zu betrachten ist, hat gerade beim Niessbrauch am ganzen Vermögen ihre besondere Berechtigung. Denn bei einem solchen Niessbrauch wird, wie bereits erwähnt, der quasiususfructus oft auch auf unverbrauchbare Sachen ausgedehnt, bezüglich deren eine Restitution von tantundem eiusdem generis meist für den Niessbraucher sehr schwierig, oft ganz unmöglich wäre. Ueberhaupt lässt sich durch die Restitution der Schätzung des Gesamtvermögens anstatt der einzelnen naturalen Bestandteile desselben eine viel glattere Abwicklung der Restitutionsverbindlichkeit ermöglichen, so dass bei einem Vermögensniessbrauch vorwiegend die Schätzung desselben als Gegenstand der Rückgewähr in Frage kommen wird. Auszunehmen sind natürlich, worauf ausdrücklich hingewiesen sein mag, solche unverbrauch-

baren Sachen, die zu einer Behandlung nach den Grundsätzen des quasiususfructus nicht geeignet sind, insbesondere Grundstücke.

Auf die Restitution hat der Proprietar, falls eine Kaution geleistet worden ist, eine actio ex stipulatu. Abgesehen hiervon kann er die Rückgabe der Gegenstände des verus ususfructus mit der rei vindicatio, der des quasiususfructus mit einer actio in factum und condictio sine causa verlangen. (l. 5 § 1 D. VII, 5; l. 10 D. 19, 5; l. 1 § 17 D. 36, 3; l. 9 § 4 D. 10, 4.)

IX. Ueber den Niessbrauch des Vaters am peculium adventicium regulare.

§ 24.

Die gesetzlichen Niessbrauchsrechte des römischen Rechts umfassen an sich nie das ganze Vermögen eines Individuums, sondern vielmehr nur bestimmte, durch ihre Herkunft gekennzeichnete Vermögensrechte, wie die lucra nuptialia (l. 7 Cod. V, 9) und die dos oder donatio propter nuptias (Nov. 98 cap. 1; Nov. 127 cap. 3). (Elvers S. 567 f., Bürkel S. 89.)

Aber selbst wenn die dem gesetzlichen Niessbrauch unterliegenden Vermögensrechte die Totalität des Vermögens ausmachen, wie dies besonders beim Adventizvermögen des Kindes der Fall sein kann (l. 1, 2 Cod. VI, 61), sind doch die Regeln über den Vermögensniessbrauch keineswegs zur Anwendung zu bringen.[1]) Denn wenn auch die Römer das Recht des Vaters, das noch in der Kaiserzeit in vollem und unbeschränktem Eigentum bestand, mit „ususfructus" bezeichnen (c. 2, 3, 4 Cod. VI, 61; Nov. 117 c. I fin. § 1; Inst. II, 9), so ist doch die Stellung des Vaters von der eines Niessbrauchers so verschieden, dass man von einem Niessbrauch im technischen Sinne nicht mehr reden kann .

Denn einerseits ist der Vater in der Verfügung über die Adventizsachen, abgesehen von dem Verbot ihrer Veräusserung, in keiner Weise beschränkt (c. 1 C. VI, 60) und von der Pflicht zur Kautionsleistung befreit, andererseits hat das Kind während der Dauer der väterlichen Gewalt keine selbständigen Vermögensrechte irgend welcher Art. (Vgl. hierzu Marezoll, Revision der Lehre von den Adventicien, a. a. O. S. 58 ff., S. 242 ff., S. 362 ff., Jacobsohn, Niessbrauch des Vaters an den Adventicien des Kindes, Berliner Inaug.-Diss., Kohler a. a. O. S. 262, Windscheid, Pand. II, S. 964.) Die Bezeichnung „ususfructus" für das Recht des Vaters ist mit Marezoll

---

[1]) Vgl. Scipionis Gentilis opera 1763 tom. II S. 22: Plurimis in causis hic ususfructus paternus differt communi et vulgari, licet genere ipso cum eo conveniat.

(Marezoll S. 303) dadurch zu erklären, dass dem neugeschaffenen Rechtsverhältnis am meisten der ususfructus entsprach, weil auch er „ad dies vitae“ konstituiert und daher mit der Person des Berechtigten unzertrennlich verbunden ist, und weil auch bei ihm sich der Gegensatz der proprietas und des ius in re aliena findet.

Richtig fasst Marezoll (Marezoll a. a. O. S. 304) die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Vater und Kind in den Worten zusammen: „Dasjenige, was die Gesetze den Vater unter dem Namen „ususfructus“ an den Adventicien erwerben lassen, ist ein von dem gewöhnlichen ususfructus ganz verschiedenes selbständiges, seinem Umfange nach dem Eigentume sehr nahe kommendes dingliches Recht, welches in dem Inbegriff aller möglichen Besitz-, Nutzungs- und Dispositionsbefugnisse, mit einziger Ausnahme der Veräusserungsbefugnis, besteht. Das dem Hauskinde, im Gegensatz davon, zugeschriebene Eigentum erscheint als eine blosse, demselben schon während der Dauer der väterlichen Gewalt, zur Sicherung seines künftigen Anspruchs auf das volle, unbeschränkte Eigentumsrecht daran, zugesprochene Proprietät, die ausserdem vorerst noch gar keine Wirkungen äussert.“

B. Recht des B. G. B.

I. Verhältnis des B.G.B. zum römischen Recht.

§ 25.

Wie in der Behandlung des Niessbrauchs überhaupt, so hat auch bei der Regelung des Vermögensniessbrauchs das B.G.B. die vernunftgemässe juristische Konstruktion des römischen Rechts seinen Bestimmungen zu Grunde gelegt. Demgemäss ist auch nach dem B.G.B. Gegenstand des Vermögensniessbrauchs nur das nach Abzug der Schulden verbleibende Reinvermögen. Und auch im B.G.B. tritt die schon im § 4 gekennzeichnete Doppelnatur des Vermögensniessbrauches deutlich hervor. Denn einerseits ist der Niessbrauch an einem ganzen Vermögen auch nach heutigem Recht nicht anders denkbar, wie als Niessbrauch an den einzelnen Sachen und Rechten, aus denen es besteht, so dass auch nach B.G.B. vom Niessbrauch an einem Vermögen nur in uneigentlichem Sinne gesprochen werden kann. „Das Vermögen bildet eben auch nach der Auffassung des B.G.B. nicht eine derartig geschlossene Einheit, dass an ihm als einer Gesamtheit ein dingliches Recht bestellt werden könnte"; (vgl. dazu Endemann II. S. 412, Dernburg, Bürg. Recht III., S. 544, Biermann S. 169 Anm. 1 zu § 1085, Planck S. 395 Vorbem. 1 zu § 1085, Denkschrift d. Bund. S. 668); nicht das Vermögen als universum ius ist daher Gegenstand des Niessbrauchs, sondern seine einzelnen Bestandteile. Denn, sagen die Motive (Motive III. S. 558 ff.), „es würde zu den grössten Schwierigkeiten führen, wenn man die universitas als einen Vermögensgegenstand behandeln wollte, welcher mit einem Niessbrauche belastet werden kann; auch fehlt es an einem jeden Bedürfnisse zu einer solchen, dem bisherigen Rechte fremden Behandlung." Infolgedessen finden alle für den Niessbrauch an Sachen und Rechten geltenden Vorschriften hinsichtlich der einzelnen Bestandteile des Vermögens Anwendung, insbesondere z. B. der § 1035, wonach bei dem Niessbrauch an einem Inbegriffe von Sachen der Niessbraucher und der Eigentümer einander verpflichtet sind, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der dem Niessbrauch unterliegenden Sachen mitzuwirken, und die §§ 1051 ff., welche den Eigentümer gegenüber unberechtigten Deteriorierungen seitens des Niessbrauchers schützen sollen. (Vgl. Kober S. 186. N. 1 zu § 1085.)

Andererseits aber tritt gerade im B.G.B. mehr noch als im römischen Recht der Gedanke in den Vordergrund, dass der Niessbrauch am Vermögen als an einer einheitlichen Grösse besonderer gesetzlicher Bestimmungen bedarf. Soweit daher diese besonderen Regeln platzgreifen, ist der Vermögensniessbrauch als von dem Niessbrauch an den einzelnen Gegenständen rechtlich verschieden anzusehen.

Die besondere Regelung des Vermögensniessbrauchs im B.G.B. dient vorzugsweise dem Interesse der Gläubiger, die ohne eine solche den Besteller, welcher sich aller Nutzungen seines Vermögens entäussert, nur mit den ihm verbleibenden Gegenständen und dem Anspruch auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen gegen den Niessbraucher in Anspruch nehmen könnten.

II. Entstehung des Vermögensniessbrauchs.

§ 26.

Der Vermögensniessbrauch entsteht nach dem B.G.B. nur durch Verfügung von Todes wegen oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Die durch Gesetz begründeten Nutzungsrechte des Ehemannes am Vermögen der Frau (§§ 1363—1425, 1525, 1550 B.G.B.) und des Vaters am Vermögen des Kindes (§§ 1649—1663, 1685, 1700 B.G.B.) unterliegen nicht den für den Vermögensniessbrauch gegebenen Regeln der §§ 1085—1089 B.G.B. Das B.G.B. behandelt vielmehr diese Rechte, die es mit dem besonderen Begriffe „Nutzniessung" bezeichnet, gesondert und verweist nur in den §§ 1383, 1384 und 1652 in einzelnen Beziehungen auf eine analoge Anwendung der Bestimmungen über den Niessbrauch. (Vgl. Endemann II. S. 401.) Die dort angezogenen Bestimmungen beziehen sich auf den Umfang des Erwerbs der Nutzungen und auf die Kosten der Erhaltung der zum eingebrachten Gut gehörenden Gegenstände. Der erste Entwurf (Protokolle IV. S. 573) hatte die ehemännliche und väterliche Nutzniessung in seinen §§ 1292 und 1595 durch Verweisung auf die für den gewöhnlichen Niessbrauch geltenden Vorschriften diesem rechtlich gleichgestellt. Durch die zweite Kommission ist jedoch der besonderen Natur der Familienbeziehungen Rechnung getragen und das Recht des Vaters und des Ehemannes als dem Niessbrauch gegenüber selbständige, umfassendere Nutzungsbefugnis besonders geregelt worden.

Was die Bestellung des Vermögensniessbrauchs durch Rechtsgeschäft betrifft, so ist zwar auch heute noch die häufigste Form die Verfügung von Todes wegen. Aber sie tritt doch nicht mehr in der Weise allein hervor, dass sie den alleinigen Gegenstand der Erörterung bilden kann. Vielmehr kommt auch die Begründung

des Vermögensniessbrauchs durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, wenn auch selten, so doch häufiger als im römischen Recht, vor und ist im B.G.B. im Gegensatz zu den Quellen an erster Stelle geregelt.

Bei der hiernach erfolgenden Begründung des Vermögensniessbrauchs ist scharf zu unterscheiden zwischen dem obligatorischen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, dem anderen den Niessbrauch dinglich zu bestellen, und dieser dinglichen Bestellung selbst. Der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben mit einem Niessbrauche zu belasten, bedarf nach § 311 B.G.B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, die nach § 128 B.G.B. (vgl. Ges. über d. freiw. Ger. §§ 168—182, §§ 198, 200; E. G. zum B.G.B. Art. 141) zu erfolgen hat. Zur Belastung seines *künftigen* Vermögens oder eines Bruchteiles desselben kann man sich giltig überhaupt nicht verpflichten. Denn ein solcher Vertrag wird im § 310 B.G.B. für nichtig erklärt, weil er nicht nur gegen die guten Sitten verstossen würde, indem er dem Verpflichteten jede Aussicht auf eigenen Erwerb nimmt, sondern auch die schwierigsten praktischen Verwickelungen zur Folge haben würde. (Motive Bd. II. S. 186.)

Soll durch den Vertrag das zur Zeit des Todes des einen Teils vorhandene Vermögen belastet werden, so ist der Vertrag, wenn die Vorschriften der §§ 2274 ff. B.G.B. beobachtet sind, als Erbvertrag giltig. Dagegen ist nichtig ein Vertrag, durch den sich jemand zur Bestellung des Niessbrauchs am Nachlass oder an einer Nachlassquote eines noch lebenden Dritten verpflichtet (§ 312 Abs. 2), selbst wenn ein künftiger Erbe seinen gesetzlichen Erbteil oder seinen Pflichtteil mit einem Niessbrauche belasten wollte. Denn im letzteren Falle würde, wenn überhaupt die Regeln über den Vermögensniessbrauch in Frage kommen, aus § 310 die Nichtigkeit des Vertrages folgen.

Bezieht sich der Vertrag auf das gegenwärtige und künftige Vermögen der einen Partei, so ist er nach § 139, soweit er sich auf das gegenwärtige Vermögen bezieht, giltig, falls anzunehmen ist, dass er von den Parteien auch ohne Rücksicht auf den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre.

Aus der analogen Anwendung des § 313 S. 2 ergiebt sich, dass durch die nachfolgende dingliche Bestellung des Niessbrauchs der Mangel der in § 311 vorgeschriebenen Form geheilt wird. Denn die allgemeine Regel des B.G.B., dass die nachfolgende Erfüllung den Mangel der Form heilt (vgl. § 766), ist bei dem Vermögensniessbrauch um so mehr anzuwenden, als ein obligatorischer Vertrag zur Bestellung des Niessbrauchs am ganzen Vermögen nicht

unbedingt erforderlich ist. (Planck, Anm. 4 zu § 1085.) Möglich ist z. B., dass zum Zwecke der Schenkung ohne vorhergehendes Schenkungsversprechen ein unter die Vorschriften der §§ 1085 ff. fallender Vermögensniessbrauch bestellt wird. Es ist daher nicht zutreffend, wenn die Motive sagen (Motive III. S. 558): „Ein solcher (sc. oblig.) Vertrag bildet die Voraussetzung, unter welcher die über den Niessbrauch am Vermögen geltenden besonderen Vorschriften Anwendung zu finden haben."

Der obligatorische Vertrag umfasst das Vermögen als Einheit. (Endemann II. S. 412 Anm. 1.) Dies geben auch die Motive (Motive III. a. a. O.) zu, indem sie sagen: „dass durch einen solchen Vertrag alle Bestandteile eines Vermögens zusammengefasst werden können."

Aber dieser obligatorische Vertrag erzeugt nicht den Niessbrauch selbst, sondern er verpflichtet nur den einen Kontrahenten, an allen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen den Niessbrauch zu bestellen, soweit ein Niessbrauch an ihnen überhaupt möglich ist. Diese dingliche Bestellung regelt der § 1085 S. 1:

> „Der Niessbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt."

Diese Bestimmung enthält zwei Gedanken, einmal den, dass die Bestellung des Niessbrauchs nach den für die einzelnen Gegenstände geltenden Regeln erfolgt, dann aber auch den, dass der an den Gegenständen bestellte Niessbrauch nach den für dieselben gegebenen Vorschriften zu behandeln ist. Die dingliche Bestellung erfolgt demnach bezüglich der beweglichen Sachen nach § 1032 durch Einigung und Uebergabe, falls der Niessbraucher nicht schon unmittelbarer Besitzer ist; anstatt der Uebergabe genügt die Abtretung des Herausgabeanspruchs an den im Besitz der Sache befindlichen Dritten (§ 931), sowie das constitutum possessorium (§ 930). Grundstücke werden dem Niessbrauch unterworfen durch Vertrag zwischen dem Besteller und dem Niessbraucher und durch Eintragung im Grundbuch (§ 873); mit dem Niessbrauch am Grundstück entsteht gemäss § 926 der Niessbrauch auch an den zum Zubehör gehörigen beweglichen Sachen ohne besondere Uebergabe derselben. An Rechten wird der Niessbrauch begründet nach den für die Uebertragung der Rechte geltenden Vorschriften, gewöhnlich also durch blossen Vertrag (§ 398 f.), insbesondere an hypothekarisch eingetragenen Forderungen durch Ueberschreibung im Grundbuche, an Briefhypotheken durch schriftliche Erklärung und Uebergabe des Hypothekenbriefs (§ 1154) u. s. w. (Vgl. auch

§ 1081.) (Dernburg, Bürg. Recht III, S. 545.) Der erste Entwurf enthielt im § 1039 die besondere Vorschrift (in Form einer Verweisung auf den § 313 E. I.), „dass bei der Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen alle zu dem Vermögen gehörenden Rechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügend sei, auch wenn sie nicht bekannt seien, durch die Vereinbarung dem Niessbrauch unterworfen seien, welche den Willen der Vertragsschliessenden ergebe, dass mit der Vereinbarung die Bestellung des Niessbrauchs an diesen Rechten oder an dem Vermögen bewirkt sein solle." Diese Bestimmung ist mit Recht in das B.G.B. nicht aufgenommen worden, weil auch ohne sie ein ihrem Inhalt entsprechendes Ergebnis sich aus der Auslegung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages ergeben wird. (Planck, § 1085 Anm. 2.)

Wenn auch gemäss § 1085 die Bestellungsform bezüglich jedes Gegenstandes besonders vorgenommen werden muss, so kann es doch nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, „dass alles in Atome zersplittert werde". (Endemann Bd. II. S. 412.) Deshalb ist es wohl möglich, dass an mehreren zusammengehörigen Sachen oder Rechten in einem gemeinsamen Akte der Niessbrauch bestellt wird. Kraft der dinglichen Bestellung des Niessbrauchs an den einzelnen Gegenständen werden diese je nach ihrer Beschaffenheit den Vorschriften der §§ 1030 ff. unterworfen. Andererseits aber kommen nach § 1085 S. 2,

„soweit der Niessbrauch bestellt ist",

die Vorschriften der §§ 1085—1088 zur Anwendung. Die Anwendung dieser Bestimmungen hat demnach zur Voraussetzung, dass die Bestellung des Niessbrauchs an den einzelnen Gegenständen zum Zwecke der Bestellung des Niessbrauchs an dem ganzen Vermögen erfolgt ist. (Planck, N. 4 zu § 1085.) Diese Absicht der Parteien braucht in dem dinglichen Vertrage nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein; sie wird sich gewöhnlich aus dem der dinglichen Bestellung vorangegangenen obligatorischen Vertrag ergeben. Ist ein solcher Vertrag nicht geschlossen, so ist der sich aus dem dinglichen Vertrage ergebende Wille der Parteien darüber massgebend, ob eine Vermögensniessbrauchsbestellung beabsichtigt ist. Dass bereits an allen einzelnen Gegenständen der Niessbrauch bestellt sei, ist zur Anwendung der §§ 1086 ff. nicht erfordert, vielmehr gilt auch schon vorher der Niessbrauch, soweit er bestellt ist, als Vermögensniessbrauch, so dass auch schon vor ganz erfolgter Bestellung die Schuldenhaftung sich nach den §§ 1086 und 1087 regelt. Schwieriger ist die Frage, ob der Vermögensniessbraucher, auch schon bevor er den Genuss aller Gegenstände des Vermögens

hat, zur vollen Tragung der ihm nach § 1088 persönlich zur Last fallenden Verbindlichkeiten verpflichtet ist. Während Planck (Planck, § 1085 N. 4) annimmt, „es entspreche dem Wesen des qualifizierten Niessbrauchs am meisten", dass auch schon mit der Bestellung des Niessbrauchs an einzelnen Gegenständen die volle Verpflichtung des § 1088 den Niessbraucher treffe, erscheint es mir als im Interesse des Niessbrauchers geboten und dem Wortlaut des § 1085 S. 2 entsprechend, auch diese Verpflichtung nur soweit eintreten zu lassen, als der Niessbrauch bestellt ist. Es sind dann eben der Besteller und der Niessbraucher nach Verhältnis der Gegenstände, an denen der Niessbrauch bereits bestellt ist, zu den noch im Besitz des Bestellers befindlichen, gemeinsam zur Berichtigung der betreffenden Verbindlichkeiten verpflichtet.

Die eben besprochene Bestellung des Vermögensniessbrauchs durch Rechtsgeschäft unter Lebenden tritt auch nach B.G.B. hinter der Errichtung desselben durch letztwillige Verfügung zurück, und zwar aus den bereits im § 5 angegebenen Gründen. Auch nach heutigem Recht ist die geeignete Form hierfür das Vermächtnis. Aber die Regeln des römischen Legatenrechts sind durch das B.G.B. wesentlich verändert worden. So erwirbt der Vermächtnisnehmer sein Recht stets schon im Moment des Erbfalls (§ 2176), und zwar ist das von ihm erworbene Recht nie ein dingliches, sondern stets nur ein persönlicher Anspruch gegen den Erben. Demnach hat auch der Vermögensniessbrauchslegatar nur das Forderungsrecht auf die Bestellung des Niessbrauchs nach Massgabe des § 1085. Da die Bestellung selbst daher stets durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vorgenommen wird, so gelten für sie die bereits besprochenen Regeln. Eine Besonderheit besteht darin, dass das Vermächtnis des Niessbrauchs, falls der belastete Erbe ein Pflichtteilsberechtigter ist, als nicht angeordnet gilt, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt.

III. Umfang der Leistungspflicht des Bestellers.

§ 27.

Der Umfang der Leistungspflicht des Bestellers richtet sich naturgemäss in erster Linie nach dem Willen der Vertragschliessenden beziehungsweise des Erblassers. Ist jedoch nichts besonderes bestimmt, so gelten folgende dem römischen Recht entsprechende Regeln: Der Besteller ist nur verpflichtet, an dem nach Abzug der fälligen Schulden verbleibenden Reinvermögen den Niessbrauch zu bestellen.

Der erste Entwurf (E. I § 1040) hatte sich ganz auf den Boden des römischen Rechts gestellt, indem er bestimmte:

„Wer den Niessbrauch an einem ganzen Vermögen zu bestellen hat, ist berechtigt, von den zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen soviel zurückzubehalten, als zur Berichtigung der fälligen Schulden nötig ist."

Man ging also auf den obligatorischen Vertrag zurück und schränkte das in diesem enthaltene Versprechen der Bestellung des Niessbrauchs am ganzen Vermögen dahin ein, dass der Verpflichtete vor der dinglichen Bestellung die zur Schuldentilgung erforderlichen Gegenstände aussondern dürfe. Das B.G.B. hat die Vorschrift des § 1040 E. I. nicht aufgenommen, weil sie mit Recht für selbstverständlich erachtet worden ist. Sie ergiebt sich auch aus dem § 1087 Abs. 1 B.G.B.:

„Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Niessbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen."

Da hiernach der Besteller bezüglich der bereits vor der Bestellung fällig gewordenen oder im Moment derselben fällig werdenden Schulden die zur Tilgung derselben erforderlichen Gegenstände sofort wieder zurückverlangen könnte, so ergiebt sich daraus mit Notwendigkeit, dass der Besteller diese Gegenstände gemäss dem Grundsatze „dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est" (l. 8 pr. D. 44, 4), zur Schuldentilgung zurückbehalten kann. (Dernburg, Bürg. R. III, S. 546, Protokolle S. 4149.) Im besonderen gestaltet sich der Umfang der abzuziehenden Schulden wie im römischen Recht.

Der massgebende Zeitpunkt für die Berechnung des Vermögens ist, wie im römischen Recht, der Zeitpunkt des Todes des Erblassers resp. des Vertragschlusses. Erst von diesem Zeitpunkt an beginnt die Haftung des zur Bestellung des Niessbrauchs Verpflichteten wegen von ihm verschuldeter Verschlechterung oder Zerstörung von Vermögensgegenständen. Vor den angegebenen Zeitpunkten wird er, auch wenn er den Erwerber des Niessbrauchs absichtlich schädigt, diesem gegenüber nicht haftbar. In der Zeit zwischen obligatorischem Vertrag und dinglicher Bestellung kommen hinsichtlich der Haftung des Bestellers die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. zur Anwendung. Nach § 275 Abs. 1 wird der Besteller von der Verpflichtung zur Leistung frei, *soweit* die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Verantwortlich ist er nur, wenn ihn (§ 276) oder diejenigen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient (§ 278), ein Verschulden trifft. Gerät er mit der Bestellung in Verzug, so hat er von dem Eintritt des Verzugs an auch eine zufällig eintretende Unmöglich-

keit zu vertreten (§ 287). Soweit die Bestellung infolge eines von dem Besteller zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat er dem Berechtigten den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 280). Im Falle der schenkweisen Ueberlassung des Niessbrauchs haftet der Besteller nur wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit (§ 516 Abs. 1).

Inwieweit der Besteller dem Niessbraucher die Früchte des laufenden Wirtschaftsjahres zu überlassen hat, bestimmt sich nach den §§ 101/102. Danach gebühren dem Niessbraucher die natürlichen Früchte soweit, als sie während der Dauer seines Rechts getrennt werden. Bei der Beendigung des Niessbrauchs hat der Niessbraucher die bereits bestellten, aber noch nicht getrennten Früchte dem Besteller herauszugeben, ist aber berechtigt, Ersatz der auf ihre Gewinnung verwendeten Kosten insoweit zu verlangen, als sie einer ordnungsmässigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Dies geht hervor aus dem § 101 Ziff. 1 in Verbindung mit § 102.

Ausgeschlossen von dem dem Niessbrauch unterliegenden Vermögen sind, wie nach römischem Recht, die Rechte, welche nicht übertragen (vgl. B.G.B. §§ 399, 400, 514 S. 1, 613 S. 2, 717 S. 1, 847 Abs. 1, 1059 S. 1 und bei vielen dem Familienrecht angehörigen Rechten vgl. insbesondere §§ 1408, 1585 Abs. 1 S. 2, § 1658 Abs. 1 u. a.) und deshalb auch nach § 1069 Abs. 2 mit einem Niessbrauch nicht belastet werden können. Ob indessen der Besteller nicht verpflichtet ist, die Nutzungen auch solcher Rechte dem Niessbraucher zu überlassen und an dem übertragbaren Gegenstand einer unübertragbaren Forderung, die der Besteller eingezogen hat, nachträglich den Niessbrauch zu bestellen, bestimmt sich nach dem im Vertrage zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien. (Planck, § 1085 N. 1.) Jedenfalls ist es möglich, an übertragbaren Nutzungen den Niessbrauch zu bestellen, auch wenn sie aus unübertragbaren Rechten herstammen. (Vgl. Dernburg, Bürg. R. III, S. 536.)

Auf dasjenige, was der Niessbraucher auf Grund eines zu dem Niessbrauchsvermögen gehörenden Rechts erwirbt, erstreckt sich der Niessbrauch gemäss § 1075 B.G.B.; was er als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstandes erwirbt, fällt nicht unter den Niessbrauch; der Niessbraucher hat vielmehr hier einen selbständigen Entschädigungsanspruch. Ob ein Gegenstand, der durch ein auf das Niessbrauchsvermögen sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird, dem Niessbrauch unterworfen wird, bestimmt sich nach der Verabredung der Parteien. Es gilt also im allgemeinen nicht das Prinzip der Surrogation.

Ist der Niessbrauch durch letztwillige Verfügung bestellt, so gelten dem Niessbraucher gegenüber die Rechte, die dem Erblasser gegen den Erben zugestanden haben, nicht als durch Konfusion erloschen. Der dies besonders aussprechende § 1032 des ersten Entwurfs ist nur deshalb nicht in das B.G.B. aufgenommen worden, weil er für selbstverständlich erachtet wurde. Daher hat der Erbe auch an solchen Rechten den Niessbrauch zu bestellen. Dasselbe gilt gemäss § 889 von dinglichen Rechten des Erblassers an Grundstücken des Erben. (Planck, N. 3 zu § 1085, Biermann, N. 3 zu § 1085, Kober desgl.)

IV. Form der Leistung.

§ 28.

Nach dem B.G.B. kann es nicht zweifelhaft sein, dass der zur Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen oder an einer Quote desselben Verpflichtete den Niessbrauch an den Vermögensgegenständen in natura und nicht etwa an der Schätzung derselben zu bestellen hat. Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass die Parteien wegen der im § 12 erwähnten Schwierigkeiten bei dem an einer Vermögensquote zu bestellenden Niessbrauch es vorziehen, anstatt an dem Vermögensteile selbst an dessen *Schätzung* den Niessbrauch zu begründen, indem sie den Wert des Nachlasses feststellen, diesen Wert nach Massgabe der vom Erblasser bestimmten Quote teilen und an dem entsprechenden Geldbetrage den Niessbrauch konstituieren. Dies ist hauptsächlich dann als erwünscht anzusehen, wenn der Erblasser keine besondere Bestimmung über die Art der dem Vermächtnisnehmer zu überlassenden Vermögensstücke getroffen hat. Im übrigen gelten die im § 12 entwickelten Grundsätze, die ja nicht dem römischen Recht spezifisch sind, sondern sich aus der Natur der Sache ergeben; insbesondere hat, falls bei Niessbrauch an einer Vermögensquote die Leistung in natura erfolgt, im Zweifel der Erbe die Wahl unter den Gegenständen, die er in Ermangelung einer bestimmten Vorschrift des Erblassers dem Bedachten zur Ausübung des Niessbrauchs überlassen will. Es folgt dies aus der allgemeinen Regel des § 262 B.G.B., wonach bei einer Alternativobligation das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zusteht. Der Erbe hat die Auswahl so zu bewirken, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“ (§ 241); er hat insbesondere auf die früheren Lebensverhältnisse zwischen dem Erblasser und dem Bedachten und auf den daraus ersichtlichen mutmasslichen Willen des Erblassers gebührende Rücksicht zu nehmen. Ist der Niessbrauch an der Vermögensquote vermacht, die ein Teilerbe als solcher erhält, so findet allerdings eine Auswahl

nicht statt, sondern der Niessbraucher erhält eben den Niessbrauch an den Gegenständen, die der Teilerbe bei der Teilung erhält.

Die Auswahl der zur Schuldentilgung zurückzubehaltenden Gegenstände hat auch nach B.G.B. der Besteller resp. der Erbe. Denn wie ihm nach § 1087 bei der Rückforderung der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände das Wahlrecht zusteht, so ist es ihm zweifellos auch dann zu überlassen, wenn er Gegenstände zum Zweck der Tilgung bereits bei der Bestellung des Niessbrauchs fälliger Forderungen zurückbehält. Denn da nach dem B.G.B. „die Liquidation des Vermögens Sache des Bestellers ist", (Motive III. S. 560 ff.), der allein den Gläubigern gegenüber verpflichtet bleibt, so ist es gerechtfertigt, ihm die Wahl der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände zu überlassen. Allerdings ist er auch bezüglich der zurückzubehaltenden Gegenstände durch die analoge Anwendung des § 1087 Abs. 1 S. 2 beschränkt, aus dem hervorgeht, dass er „nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände" zurückbehalten darf. Dem Niessbraucher gegenüber ist er verpflichtet, die zurückbehaltenen Gegenstände zur Schuldentilgung zu verwenden (arg. § 1087 Abs. 1 S. 3), widrigenfalls der Niessbraucher nachträgliche Bestellung des Niessbrauchs an diesen Gegenständen beanspruchen kann.

Der Berechtigte kann die Herausgabe des Niessbrauchsvermögens, wenn eine Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, sofort verlangen. Allerdings wird meist „aus den Umständen zu entnehmen" sein, dass der Berechtigte die Liquidation des Bestellers abzuwarten habe. Ein Anspruch auf Rechnungslegung aus § 666 steht ihm nicht zu, da er, wie die Motive (Motive III. S. 565) betonen, im Verhältnis zum Besteller nicht als Geschäftsherr zu erachten ist. Wohl aber kann er die Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses und, wenn Grund zu der Annahme vorhanden ist, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt ist, Leistung des Offenbarungseides verlangen. (§ 260 Abs. 2.)

V. Regelung der Schuldenhaftung.

§ 29.

Der Hauptzweck der besonderen Regelung des Vermögensniessbrauchs im B.G.B. besteht darin, klarzustellen, wie sich die Haftung für die auf dem Niessbrauchsvermögen lastenden Schulden gestaltet und in welcher Weise die Gläubiger ihr durch die Niessbrauchsbestellung erschwertes Recht verfolgen und durchsetzen können.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Besteller des Vermögensniessbrauchs durch die Uebertragung der Nutzungen auf einen anderen von der Verpflichtung zur Tilgung der von ihm kontrahierten Schulden nicht befreit wird. Denn es wäre ein unhaltbarer Zustand, wenn sich der Schuldner durch eine solche, nicht einmal dauernde Entäusserung seiner Nutzungsrechte dem Zugriff der Gläubiger entziehen könnte. Daher können die Gläubiger des Bestellers sich an alles, was derselbe zurückbehalten hat oder noch erwirbt, zum Zweck der Befriedigung ihrer vor der Bestellung des Niessbrauchs entstandenen Forderungen halten. Ja, bezüglich der nach der Niessbrauchsbestellung entstehenden Rechte sind sie allein auf das dem Besteller verbliebene Vermögen angewiesen, das ausser den neuerworbenen Gegenständen in den nach wie vor dem Besteller gehörenden Vermögensobjekten, sowie in dem Anspruch auf Rückgewähr des Wertes verbrauchbarer Sachen und auf Rückgabe von Niessbrauchsgegenständen zum Zwecke der Schuldentilgung (§ 1087 Abs. 1 S. 1) besteht. Denn in diesem Falle geht der Niessbrauch als dingliches Recht allen später begründeten Ansprüchen vor.

Befriedigt der Besteller den Gläubiger mit niessbrauchsfreien Mitteln, oder kommt es zur Zwangsvollstreckung in eine nach der Bestellung des Niessbrauchs erworbene, dem Niessbrauch nicht unterliegende Sache, so kann er von dem Niessbraucher Ersatz nur verlangen, wenn es sich um eine vor der Bestellung des Niessbrauchs entstandene Verbindlichkeit handelt.

Die Gläubiger können nur dann bezüglich der vor der Niessbrauchsbestellung entstandenen Verbindlichkeiten des Bestellers nicht gegen diesen vorgehen, wenn sie dem zwischen Besteller und Niessbraucher vereinbarten Vertrag, wonach der letztere die Schulden des Bestellers übernehmen soll, ihre Zustimmung erteilt oder wenn sie selbst mit dem Niessbraucher einen Schuldübernahmevertrag gemäss § 414 geschlossen haben. Dies wird allerdings sehr selten vorkommen, ist aber immerhin denkbar und hat natürlich zur Folge, dass der Niessbraucher auch mit seinem eigenen Vermögen für die übernommenen Verbindlichkeiten haftet. Zu einem solchen Vertrage ist die Zustimmung des Bestellers nicht erforderlich. Ohne Wissen und Willen des Gläubigers aber ist eine derartige Veränderung der Persönlichkeit des Schuldners ausgeschlossen.

Beim Vermächtnis des Niessbrauchs am ganzen Vermögen haftet der Erbe den Nachlassgläubigern unbeschränkt für die Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten (§ 1967), falls er nicht von den ihm zur Beschränkung seiner Haftung zustehenden Mitteln Gebrauch gemacht hat.

§ 30.

Würde das Gesetzbuch es auch bezüglich des Vermögensniessbrauches bei den Vorschriften über den Niessbrauch an beweglichen Sachen belassen, so wären hiermit die Rechte der Gläubiger erschöpft, da sie die Niessbrauchsgegenstände nur unbeschadet des Niessbrauchs in Anspruch nehmen könnten. Sie wären ausser ihren Ansprüchen gegen den Besteller höchstens darauf angewiesen, die Bestellung des Niessbrauchs anzufechten, wenn durch dieselbe ihre Befriedigung vereitelt werden würde. Diese Anfechtung steht ihnen einmal dann zu, wenn der Besteller die Niessbrauchsbegründung in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. (K.O. § 31 Z. 1; R.G. v. 21. Juli 1879, neue Fassung vom 17. Mai 1898 § 3 Z. 1). Ist der Niessbraucher ein naher Verwandter des Bestellers, so wird seine Unredlichkeit präsumiert (K.O. § 31 Z. 2; R.G. § 3 Z. 2). Es gehört die Niessbrauchsbestellung aber auch dann hierher, wenn sie nur objektiv ein Unrecht gegen die Gläubiger enthält (vgl. K.O. § 30) (Dernburg, Pand. II., S. 394 f.), insbesondere die unentgeltliche Bestellung desselben innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung resp. der Erhebung der Anfechtung (K.O. § 33; R.G. § 3 Z. 3 u. 4).

Diese den Gläubigern zustehenden Anfechtungsmittel sind aber, selbst wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind, wegen der Schwierigkeit der Beweisführung, der Umständlichkeit des Verfahrens und der Unsicherheit der endgiltigen Befriedigung zur Sicherung der Gläubiger wenig geeignet. (Kober N. 1 zu § 1086.) Können die Gläubiger vollends auch diese Schutzmittel nicht zur Anwendung bringen, so wird ihnen der Umstand, dass der Besteller als Schuldner verhaftet bleibt, nur wenig nützen. Denn wenn dieser auch das nudum ius behalten hat, so wird doch meist weder dies, noch die anderen dem Besteller verbleibenden Rechte zur Deckung der Schulden ausreichend sein. Die Gläubiger würden also mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen in die unangenehme Lage kommen, weder von dem bisherigen noch von dem jetzigen Inhaber des Vermögens Befriedigung verlangen zu können, falls nicht etwa die Schuldübernahme des Niessbrauchers gemäss § 414 oder ein Vertrag des Bestellers mit dem Niessbraucher zu Gunsten der Gläubiger gemäss § 328 ff. vereinbart werde. Diese offenbar ganz ungerechtfertigte Verschlechterung der Lage der Gläubiger, die sie leicht um ihre wohlbegründeten Ansprüche bringen könnte, hat das B.G.B. dadurch beseitigt, dass es den Gläubigern das Recht ein-

räumt, ohne Rücksicht auf den Niessbrauch Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen zu verlangen.

Ist die Bestellung des Niessbrauchs in der Weise erfolgt, dass der Besteller sein Vermögen auf einen anderen übertragen und sich nur den Niessbrauch vorbehalten hat, so können die Gläubiger selbstverständlich den Niessbraucher als bisherigen Schuldner unbeschränkt in Anspruch nehmen, gegen den Uebernehmer dagegen nur nach Massgabe des § 419 vorgehen. Hat dagegen der Besteller die Substanz des Vermögens für sich behalten und den Niessbrauch desselben einem anderen überlassen, so ergeben sich die Rechte der Gläubiger gegen den Niessbrauch aus § 1086 S. 1 B.G.B., welcher bestimmt:

„Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Niessbrauch Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen."

Der erste Entwurf enthielt eine derartige Bestimmung nicht; er wollte vielmehr die Gläubiger auf ihr Anfechtungsrecht und auf das Recht, sich im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Besteller den diesem zustehenden Anspruch auf Rückgabe der dem Niessbrauch unterliegenden Sachen (§ 1040 E. I., § 1087 B.G.B.) überweisen zu lassen, beschränken. Das B.G.B. hat es mit Recht vermieden, die Gläubiger auf diesen Umweg zu verweisen, indem es ihnen vielmehr ungeachtet des Rechtes des Niessbrauchers einen direkten Zugriff auf die Niessbrauchsobjekte gewährt.

Demnach geht, soweit die Forderungen gegen den Besteller vor der Bestellung entstanden sind, das obligatorische Recht des Forderungsberechtigten dem dinglichen Rechte des Niessbrauchers vor. Dadurch werden die Forderungsrechte, wie Endemann (Endemann II. S. 413) richtig bemerkt, nicht in dingliche umgewandelt. Das Recht der Gläubiger, ohne Rücksicht auf den Niessbrauch Befriedigung aus den Niessbrauchsgegenständen zu verlangen, beruht vielmehr auf dem Gedanken, dass der Besteller in der Verfügung über die zur Tilgung der Verbindlichkeiten erforderlichen Gegenstände den Gläubigern gegenüber beschränkt ist, so dass eine trotzdem erfolgte Verfügung das Recht der Gläubiger nicht beeinträchtigen kann.

Als „Bestellung" kommt hier natürlich nicht die Zeit des obligatorischen Vertrags, sondern die des dinglichen Bestellungsaktes in Betracht. Als vor der Bestellung entstanden gelten alle diejenigen Forderungen, deren rechtlicher Entstehungsgrund in die Zeit vor dieser Bestellung fällt, mögen sie auch erweitert oder ver-

ändert worden sein.[1]) Auch bedingte oder betagte Forderungen gelten in diesem Sinne als vor der Niessbrauchsbestellung entstanden, auch wenn die Bedingung oder der Termin erst später eintritt. Gegen den Besteller auf Grund des § 1601 gerichtete Unterhaltsansprüche gehören, da sie Bedürftigkeit des einen und Leistungsfähigkeit des anderen Teiles voraussetzen (§§ 1602 und 1603) (Planck, N. 2 zu § 1086) und in Rücksicht auf diese Voraussetzungen in jedem Augenblick von neuem entstehen, wenn sie nicht schon vor der Bestellung fällig geworden sind, nur soweit als zur Zeit der Bestellung bereits entstanden, als sie für die Vergangenheit gefordert werden können (§ 1613) oder für eine bestimmte Zeit im voraus zu entrichten sind (§§ 1612, 760). Wohl aber gehören hierher die Unterhaltsansprüche eines unehelichen Kindes des Bestellers gegen denselben (§ 1708), wenn die Geburt des Kindes vor der Bestellung des Niessbrauchs erfolgt ist. Denn diese Ansprüche hängen nicht von der Bedürftigkeit des einen und der Leistungsfähigkeit des anderen Teiles ab und sind daher, falls ihr Entstehungsgrund, nämlich die Geburt des Kindes, in die Zeit vor der Bestellung des Niessbrauchs fällt, in ihrem ganzen Umfange auch für die Zukunft existent.

Für die bezeichneten Ansprüche haftet der Niessbraucher, wie aus den Worten „aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen" folgt, nicht mit seinem Vermögen; er ist mit Ausnahme des § 1088 mangels besonderer Abreden für die Schulden des Bestellers persönlich nicht verpflichtet. Die Gläubiger können aber, ohne sich durch das dem Niessbraucher an den Gegenständen zustehende Recht beeinträchtigen zu lassen, fordern, dass die Schulden, soweit sie zur Zeit der Bestellung bereits entstanden waren, aus dem Niessbrauchsvermögen berichtigt werden. Der Niessbraucher ist daher verpflichtet, die Gläubiger auf Aufforderung zu befriedigen, indem er die geschuldeten Gegenstände, soweit sie im Niessbrauchsvermögen enthalten sind, zur Schuldentilgung verwendet oder, falls dies nicht der Fall ist, nach § 1087 die behufs Tilgung der Schuld erforderlichen Veräusserungen und Anschaffungen vornimmt. Der Niessbraucher haftet sonach mit den zum Niessbrauchsvermögen gehörenden Gegenständen den Gläubigern des Bestellers neben diesem als Gesamtschuldner gemäss §§ 421 ff. Er kann den Gläu-

[1]) Insbesondere erstreckt sich die Verpflichtung des Niessbrauchers auch auf Verzugszinsen, die infolge Verzuges des Bestellers nach der Bestellung geschuldet werden, sowie auf jede durch eine Verschuldung des Bestellers bewirkte Ausdehnung der Haftung, wenn nur das Geschäft, in dem der letzte Grund solcher Verpflichtungen besteht, vor der Bestellung bereits abgeschlossen war. Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht, Bd. I, S. 710 f.

bigern nicht nur die ihm selbst, sondern auch die dem Besteller zustehenden Einreden entgegensetzen, durch Erfüllung seitens des Bestellers oder durch sonstiges Erlöschen der Verpflichtung desselben wird er befreit, ebenso durch rechtskräftige Abweisung der Klage des Gläubigers gegen den Besteller. Andererseits aber kann er sich, falls der Besteller rechtskräftig zur Berichtigung der Schuld verurteilt ist, nicht darauf berufen, dass die Schuld nicht bestehe.

Verweigert der Niessbraucher die Befriedigung der Gläubiger aus dem dem Niessbrauch unterliegenden Vermögen, so genügt es zur Zwangsvollstreckung in einen Niessbrauchsgegenstand nicht, dass entweder nur der Besteller oder nur der Niessbraucher zur Leistung verurteilt ist. Denn aus dem Urteil gegen den Besteller allein würde nur folgen, dass die Forderung gegen diesen besteht, nicht aber, dass der Niessbraucher für ihre Erfüllung haftet und die Zwangsvollstreckung ihm gegenüber vorzunehmen ist; wenn dagegen der Niessbraucher allein verurteilt ist, so würde er gegenüber den Ansprüchen des Bestellers auf Rückgabe der Niessbrauchsgegenstände nach Beendigung des Niessbrauchs in eine schwierige Lage kommen, indem er die Verwendung der fehlenden Gegenstände zur Schuldentilgung beweisen müsste. Auf Grund dieser Erwägungen bestimmt der § 737 Abs. 1 der C.P.O. (Meissner, N. c zu § 1086):

„Bei dem Niessbrauch an einem Vermögen ist wegen der vor der Bestellung des Niessbrauchs entstandenen Verbindlichkeiten des Bestellers die Zwangsvollstreckung in die dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Niessbrauch zulässig, wenn der Besteller zu der Leistung und der Niessbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist."

Dieselbe Bestimmung gilt nach Abs. 2 bei dem Niessbrauch an einer Erbschaft, mit der Modifikation, dass der Erbe zur Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten und der Niessbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen ist. Die Verurteilung des Bestellers und des Niessbrauchers kann in der Weise erfolgen, dass beide als Streitgenossen verklagt werden (§ 61 C.P.O.). Der Verurteilung des Niessbrauchers zur Duldung der Zwangsvollstreckung bedarf es nach § 794 Abs. 2 C.P.O. nicht, wenn derselbe „in einer nach § 794 Abs. 1 Z. 5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände bewilligt." Sind die Schulden des Bestellers bereits vor der Bestellung des Niessbrauchs rechtskräftig festgestellt worden, so bedarf es ebenfalls einer besonderen Verurteilung des Niessbrauchers nicht; es ist vielmehr dem Gläubiger nach den Vorschriften der §§ 727, 730—732 C.P.O. eine in Ansehung der Niessbrauchsgegen-

stände gegen den Niessbraucher wirksame vollstreckbare Ausfertigung des Urteils zu erteilen (§ 738 Abs. 1 C.P.O.). In gleicher Weise ist nach § 738 Abs. 2 C.P.O. eine schon gegen den Erblasser rechtskräftig entschiedene Forderung zu behandeln. Denn in den eben erwähnten Fällen ist eine besondere Verurteilung des Niessbrauchers zur Duldung der Zwangsvollstreckung deshalb nicht erforderlich, weil das gegen den Besteller vor der Bestellung des Niessbrauchs ergangene Urteil gemäss § 325 C.P.O. ipso iure auch gegen den Niessbraucher wirksam ist. Eine solche vollstreckbare Ausfertigung wird nur erteilt, „wenn die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird" (§ 727 Abs. 1 C.P.O.). Anderenfalls muss der Gläubiger nach § 731 C.P.O. vorgehen.

Aus dem Umstande, dass der Niessbraucher „zur Duldung der Zwangsvollstreckung" zu verurteilen ist, ist nicht zu schliessen, dass seine Verpflichtung sich darauf beschränkt, sich der Zwangsvollstreckung in das Niessbrauchsvermögen nicht zu widersetzen. Denn der § 737 C.P.O. regelt nur die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs der Gläubiger unter Berücksichtigung der oben angeführten Gründe, nicht aber beschränkt er materiell die Haftung des Niessbrauchers. Der Niessbraucher würde also seiner Verpflichtung nicht dadurch genügen, dass er sich den Gläubigern gegenüber, die von ihm Befriedigung aus den Niessbrauchsgegenständen verlangen, bereit erklärt, die Zwangsvollstreckung in dieselben zu dulden. (Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 231.) Es liegt ihm vielmehr ob, dafür zu sorgen, dass die Gläubiger aus dem Niessbrauchsvermögen befriedigt werden. Denn nur dahin ist richtiger Auffassung nach die Bestimmung des § 1086 S. 1 zu verstehen, dass der Niessbraucher zwar nicht persönlich, wohl aber mit den dem Niessbrauche unterliegenden Gegenständen den Gläubigern gegenüber selbständig haftet. (Biermann, Anm. 1 zu § 1086, Cosack II. S. 331, A. M. Endemann S. 414 Anm. 10.) Es ist daher der Ansicht Endemanns nicht zuzustimmen, welcher sagt, der Gläubiger habe keinen direkten Anspruch gegen den Niessbraucher, sondern mache nur die Gebundenheit seines Schuldners in der Verfügung über das Vermögen dem Niessbraucher gegenüber geltend.

Das Recht der Gläubiger, ohne Rücksicht auf den Niessbrauch Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen zu verlangen, reicht zu ihrer Sicherung nicht aus, soweit sich verbrauchbare Sachen in dem Niessbrauchsvermögen befinden. Denn diese Sachen sind dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger entzogen, da sie gemäss § 1067 in das Eigentum des Niessbrauchers

übergehen und daher „als dem Niessbrauch unterliegende Gegenstände“ nicht betrachtet werden können. (Protokolle S. 4147.) Da aber die Gläubiger durch diesen Eigentumsübergang in ihren Ansprüchen nicht geschädigt werden dürfen, so wird das im S. 1 des § 1086 den Gläubigern gewährte Recht durch S. 2 eod. dahin ergänzt, dass im Falle des Niessbrauchs an verbrauchbaren Sachen „an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes“ tritt. Würde es hierbei bewenden, so müssten die Gläubiger mit der Befriedigung aus dem Ersatzanspruch bis zur Beendigung des Niessbrauchs warten, da erst in diesem Zeitpunkte der Niessbraucher zur Leistung des Ersatzes verpflichtet sein würde. (§ 1067 Abs. 1 S. 1.) Um diese Beeinträchtigung, die das Recht des Gläubigers oft illusorisch machen würde, zu vermeiden, bestimmt der § 1086 a. E., dass der Niessbraucher den Gläubigern gegenüber zum *sofortigen* Ersatze verpflichtet ist.

Die Vorschrift des § 1086 S. 2 ist nicht dahin aufzufassen, dass die Gläubiger sich nur in der Weise an den Anspruch des Bestellers halten können, dass sie im Wege der Zwangsvollstreckung den Anspruch pfänden und sich überweisen lassen (so Planck, N. 4 zu § 1086, Biermann, Anm. 2 eod.). Denn um dies zu ermöglichen, wäre die besondere Bestimmung des § 1086 S. 2 nicht nötig gewesen, da die Gläubiger sich an diesen Anspruch des Bestellers, als zu seinem freien Vermögen gehörig, ohne weiteres hätten halten können. Vielmehr können die Gläubiger in analoger Weise wie nach § 1086 S. 1 den Niessbraucher bis zur Höhe des Ersatzanspruches selbständig in Anspruch nehmen, indem sie den Anspruch des Bestellers geltend machen. Prozessual setzen sie ihr Recht in der Weise durch, dass sie die Verurteilung des Schuldners zur Leistung und des Niessbrauchers zur sofortigen Zahlung des (nach § 1067 Abs. 1 bestimmten) Wertes der verbrauchbaren Sachen an sie beantragen. (So richtig Endemann Bd. II. S. 414 Anm. 11; Dernburg, Bürg. R. Bd. III., S. 546; Kober, N. 3d zu § 1086; Cosack, Bürg. R. Bd. II., S. 331.) (Prot. S. 4147.) Dass auch hier die Gläubiger ihren Anspruch nicht nur dem Niessbraucher, sondern auch dem Besteller gegenüber rechtskräftig feststellen lassen müssen, erklärt sich aus denselben Gründen wie beim Niesbrauch an unverbrauchbaren Sachen, nämlich dadurch, dass sonst der Niessbraucher wegen der ihm obliegenden Ersatzpflicht leicht gefährdet werden könnte.

Ist der Vermögensniessbrauch durch Verfügung von Todeswegen begründet, so kommen die angegebenen Regeln mit der Massgabe zur Anwendung, dass an die Stelle der Gläubiger des Bestellers die Nachlassgläubiger treten. Es fragt sich, ob auch die Gläubiger

des Erben wegen ihrer vor der Bestellung des Niessbrauchs gegen diesen entstandenen Forderungen von dem Niessbraucher Befriedigung verlangen können. Dies ist m. E., obgleich es nicht ausdrücklich bestimmt ist, zu verneinen. Der Niessbraucher erhält den Niessbrauch an dem Vermögen, das der Erblasser hinterlässt, nach Abzug der *auf diesem Vermögen* ruhenden Schulden. Es wäre höchst unbillig, wenn er Rechte nur an dem Nachlassvermögen erwerben, Schulden aber auch insoweit berichtigen sollte, als sie nicht auf dem Nachlassvermögen, sondern auf dem des Erben lasten. Wäre dies der Fall, so könnte ein überschuldeter Erbe jedes Vermögensniessbrauchsvermächtnis illusorisch machen.

In Höhe des festgestellten Ersatzanspruches haftet der Niessbraucher den Gläubigern mit seinem ganzen Vermögen, über den Wert der verbrauchbaren Sachen hinaus ist er in keiner Weise verpflichtet.

§ 31.

Mit der erörterten Gestaltung des Rechtes der Gläubiger gegenüber dem Niessbraucher in § 1086 ist anerkannt, dass der Niessbraucher für die Schulden des Bestellers mangels besonderer Verabredungen persönlich nicht verpflichtet wird, sondern nur in beschränktem, bei unverbrauchbaren Sachen durch die Zugehörigkeit derselben zum Niessbrauchsvermögen, bei verbrauchbaren durch die Höhe ihres Wertes bestimmtem Umfange haftet.

Dieses Prinzip wird durchbrochen durch die Bestimmungen des § 1088, wonach für gewisse Forderungen der Gläubiger eine persönliche Verpflichtung des Niessbrauchers eintritt. § 1088 Abs. 1 bestimmt:

„Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Niessbrauchs auch von dem Niessbraucher verlangen. Das Gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Niessbrauchs entstanden ist."

Diese Sonderbestimmung ist dadurch gerechtfertigt, dass der Niessbraucher die Nutzungen des dem Niessbrauch unterliegenden Vermögens nur soweit haben soll, „als diese bei ordnungsmässiger Wirtschaft den Reinertrag des Vermögens bilden." (Motive III. S. 504, Planck S. 404 zu § 1088.) Die Verpflichtung des Niessbrauchers tritt natürlich dann nicht ein, wenn der Besteller zum Zwecke der Tilgung der in § 1088 bezeichneten Verbindlichkeiten Gegenstände des Vermögens einbehalten oder zurückerlangt hat.

(Motive a. a. O.) Sie bezieht sich selbstverständlich nur auf die während der Dauer des Niessbrauchs fällig werdenden Leistungen. (§ 103 B.G.B.)

Für die Berichtigung der Zinsen haftet der Niessbraucher nach Massgabe des § 1088 unbeschränkt, selbst wenn sie den Umfang der Nutzungen des Niessbrauchsvermögens überschreiten. Es gehören hierher die Zinsen aller derjenigen Forderungen, die zur Zeit der Bestellung bereits verzinslich bestanden. Ob die Zinsen rechtsgeschäftliche oder gesetzliche sind oder ob sie auf Verzug des Bestellers beruhen, ist gleichgiltig. Wird dagegen eine Forderung erst während des Niessbrauchs aus irgend einem Grunde, z. B. wegen Verschuldens des Bestellers, verzinslich, so haftet für diese Zinsen der Niessbraucher nur nach Massgabe des § 1086, nicht aber persönlich und unbeschränkt. Wird erst während des Niessbrauchs eine verzinsliche Schuld im Interesse beider Beteiligter kontrahiert, so hängt es von ihrer Vereinbarung ab, in welcher Weise die Zinsen von ihnen getragen werden sollen.

Den Zinsen werden in S. 2 des § 1088 die wiederkehrenden Leistungen gleichgestellt, die bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Bezüglich der Frage, welche Verbindlichkeiten unter diese Bestimmung fallen, gibt keine allgemeine Norm, sondern die Art und Grösse des einzelnen Vermögens und die Natur der Leistungen den Ausschlag. Es genügt insbesondere der Umstand, dass eine regelmässig wiederkehrende Leistung geschuldet ist, *nicht* zur Statuierung der Haftung aus § 1088, so dass z. B. in bestimmten Zielen zu berichtigende Kaufgelder nicht hierher gehören. (Motive III. S. 564 ff.) Denn man kann nicht sagen, dass eine solche Verpflichtung „aus den Einkünften des Vermögens bestritten" wird. Als durch den § 1088 Abs. 1 getroffen erscheinen vor allem die vom Besteller geschuldeten Leibrenten, der auf Grund vertragsmässiger Verpflichtung geschuldete Unterhalt, die auf Grund eines Altenteils zu leistenden Zuwendungen, ferner die infolge einer vor der Bestellung des Niessbrauchs genommenen Versicherung geschuldeten jährlichen Beiträge. Da in § 1088 Abs. 1 S. 2 nur solche wiederkehrende Leistungen als den Niessbraucher persönlich verpflichtend erwähnt werden, die „bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden", so ist nicht anzunehmen, dass, wie bezüglich der Zinsen, so auch hier der Niessbraucher ohne Rücksicht darauf hafte, ob im gegebenen Falle die Nutzungen zur Bestreitung dieser Leistungen ausreichen. Denn wenn dies nicht der Fall ist, so könnte man schwerlich behaupten, dass Verbindlichkeiten, welche die Nutzungen des Vermögens übersteigen, aus eben

diesen Nutzungen bei ordnungsmässiger Verwaltung bestritten werden. Der Niessbraucher wird daher nur bis zur Höhe der nach Berichtigung der Zinsen übrig bleibenden Nutzungen für die in § 1088 Abs. 1 S. 2 genannten Leistungen persönlich haften.

Die Ansprüche der Gläubiger auf die durch § 1088 getroffenen Leistungen können von diesen ausser gegen den Besteller, der ihnen hierfür verhaftet bleibt, auch gegen den Niessbraucher persönlich geltend gemacht werden. Dieser tritt also als Gesamtschuldner neben den Besteller; er haftet persönlich nur soweit, als eine solche Haftung auch für den Besteller begründet ist, nicht also z. B. für die Zinsen einer Hypothek oder einer Grundschuld. (Protokolle S. 4150.)

Da die Nutzungen, aus welchen die durch den § 1088 Abs. 1 getroffenen Ansprüche zu berichtigen sind, in das Eigentum des Niessbrauchers übergehen, so bedarf es zu einer Zwangsvollstreckung in dieselben keines Urteils gegen den Besteller; sie erfolgt vielmehr auf Grund eines gegen den Niessbraucher gerichteten vollstreckbaren Titels. Wollen die Gläubiger dagegen einen nicht dem Niessbraucher gehörigen, sondern im Vermögen des Bestellers befindlichen Gegenstand zu ihrer Befriedigung verwenden, so ist auch ein gegen diesen gerichtetes Urteil notwendig.

Die im § 1088 Abs. 1 statuierte persönliche Haftung des Niessbrauchers gegenüber den Gläubigern kann durch Vertrag zwischen dem Besteller und dem Niessbraucher nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Ein solcher Vertrag wäre nach § 134 nichtig, ist er Bestandteil des Bestellungsvertrages, so findet § 139 Anwendung.

Selbstverständlich aber können die Parteien eine Erweiterung der Haftung des Niessbrauchers vereinbaren. (§ 1086 Abs. 2.)

§ 32.

Im Verhältnis zwischen Besteller und Niessbraucher erscheint der Besteller als zunächst zur Tilgung der Schulden verpflichtet, da er für sämtliche Verbindlichkeiten persönlich haftbar bleibt. Da er sich aber der Nutzungen seines Vermögens entäussert, so würde er mangels besonderer Bestimmungen zur Befriedigung der Gläubiger nur sein niessbrauchsfreies Vermögen verwenden können, während das zur Deckung der Schulden eigentlich bestimmte und geeignete Niessbrauchsvermögen von der Schuldentilgung unberührt bleiben würde. Um daher dem Besteller, der wegen seiner persönlichen Haftung ein dringendes Interesse an der pünktlichen Tilgung der Verbindlichkeiten hat, die Möglichkeit zu geben, das Niessbrauchsvermögen zur Berichtigung der Schulden zu ver-

wenden, bestimmt das B.G.B. zwar nicht ausdrücklich, lässt es aber deutlich als beabsichtigt erkennen, dass er die zur Tilgung der fälligen Schulden notwendigen Vermögensgegenstände bei der Bestellung des Niessbrauchs einbehalten oder nach derselben vom Niessbraucher zurückfordern darf. Wie sich die Berechtigung des Bestellers, die zur Liquidation des Vermögens erforderlichen Gegenstände einzubehalten, aus dem Gesetze ergiebt, und in welchem Umfange sie stattfindet, ist bereits bei der Besprechung des Umfanges der Leistungspflicht des Bestellers (§ 27 d. Arb.) erörtert worden.

Dieses Zurück*behaltungs*recht aber ist für den Besteller nicht genügend, da oft die Berichtigung einzelner Schulden erst nach der Bestellung des Niessbrauchs möglich oder erforderlich sein wird, und auch der Fall eintreten kann, dass der Besteller bei der Bestellung des Niessbrauchs eine bereits fällige Schuld nicht gekannt und daher zu ihrer Befriedigung nichts zurückbehalten hat. Es liegt deshalb im Interesse des Bestellers, auch nach Begründung des dinglichen Rechtes des Niessbrauchers von diesem die Ueberlassung einzelner Gegenstände des Vermögens zum Zweck der Erfüllung fällig werdender Verbindlichkeiten zu verlangen. Diesen Erwägungen folgend bestimmt § 1087 Abs. 1 S. 1 B.G.B.:

„Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Schuld fällig ist, von dem Niessbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen."

Der rechtliche Grund dieser Vorschrift besteht nicht „in der beschränkten Verpflichtung des obligatorisch zur Bestellung des Vermögensniessbrauchs Verpflichteten", sondern die Rückgabepflicht ist „eine dem Wesen eines solchen Niessbrauchs entsprechende gesetzliche Verpflichtung des Niessbrauchers." (Protokolle S. 4148 f.) Mit dieser Auffassung ist der Standpunkt der Motive (Motive III. S. 563): verworfen, der sich in den Worten zeigt:

„Ein solches Versprechen (sc. der Bestellung des Niessbrauchs) ist.... nicht dahin aufzufassen, dass die Bestellung des Niessbrauchs an allen Bestandteilen des Vermögens versprochen ist und der andere Teil nur seinerseits die Verpflichtung übernommen hat, die zur Schuldentilgung erforderlichen Gegenstände dem zur Bestellung des Niessbrauchs Verpflichteten zu belassen. Das Versprechen der Niessbrauchsbestellung ist beschränkt, nicht aber bei unbeschränktem Versprechen dem Versprechensempfänger eine Gegenverbindlichkeit auferlegt."

Eine praktische Konsequenz dieser verschiedenen Auffassung besteht darin, dass die Bestimmungen des § 1087 Abs. 1 auch zur Anwendung kommen, wenn ein obligatorischer Vertrag nicht vor-

handen ist. (Endemann II. S. 415 Anm. 15, Planck, N. 1 zu § 1088.)

Nach dem Wortlaute des § 1087 Abs. 1 S. 1 setzt die Ausübung der dem Besteller gewährten Befugnis voraus, dass die Gläubiger berechtigt sind, die Erfüllung einer gegen ihn gerichteten Forderung zu verlangen, deren Entstehungsgrund in die Zeit vor der Bestellung des Niessbrauchs fällt. Sie verpflichtet den Niessbraucher, die zur Schuldentilgung erforderlichen Gegenstände nicht nur dem Besteller zu übergeben, sondern auch aus dem Niessbrauch zu befreien. (Planck, N. 2 zu § 1087.) Demnach hat der Niessbraucher, falls die Voraussetzungen des § 1087 S. 1 vorliegen, bezüglich beweglicher Sachen und Rechte die Erklärung abzugeben, dass er den Niessbrauch aufgebe (§ 1064); diese Erklärung wird mit der Rückgabe der betreffenden Gegenstände als stillschweigend abgegeben zu präsumieren sein. Ist die zurückzugebende Sache ein Grundstück, so hat der Niessbraucher dem Grundbuchamt oder dem Besteller gegenüber zu erklären, dass er den Niessbrauch aufgebe, und die Löschung seines Rechtes im Grundbuch zu bewilligen. (§ 875.)

Es entspricht der Stellung des Bestellers als Liquidators des Niessbrauchsvermögens, dass ihm die Wahl der zur Schuldentilgung vom Niessbraucher zurückzugebenden Gegenstände zusteht. (Motive III. S. 560 f..) Er ist aber in dieser ihm zustehenden Befugnis in derselben Weise beschränkt, wie bei der Wahl der einzubehaltenden Gegenstände (§ 28 d. Arb.), indem er auch hier nur die unter Berücksichtigung des Interesses aller Beteiligten vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen darf (§ 1087 Abs. 1 S. 2). Uebrigens kommen die im § 13 d. Arb. für das römische Recht gegebenen Grundsätze, da sie sich aus der Natur des Verhältnisses ergeben, unverändert zur Anwendung. (Planck, N. 4 zu § 1085.)

Hat der Niessbraucher dem Besteller Gegenstände auf Grund des § 1087 Abs. 1 S. 1 zurückgegeben, so ist dieser verpflichtet, dieselben zu dem Zweck zu verwenden, zu dem er sie erhalten hat, d. h. zur Schuldentilgung. Es ergiebt sich dies aus § 1087 Abs. 1 S. 3:

> „Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Niessbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet."

Diese Verpflichtung des Bestellers ist für den Niessbraucher von grosser Wichtigkeit. Da nämlich nach § 1086 die Gläubiger ohne Rücksicht auf den Niessbrauch Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen können, so würde er, falls der Besteller die ihm übergebenen Gegenstände nicht zur Befriedigung der Gläubiger verwendet, in eine äusserst schlechte

Lage kommen. (Endemann Bd. II. S. 415 Anm. 15.) Denn die Gläubiger könnten trotz der Uebergabe der Gegenstände an den Besteller aus § 1086 gegen den Niessbraucher vorgehen, welcher in einem solchen Falle nur durch den ihm gegen den Besteller zustehenden Schadensersatzanspruch gedeckt wäre. (Biermann, N. a zu § 1085.) Aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach der Besteller zur Befriedigung der Gläubiger verpflichtet ist, *„soweit die zurückgegebenen Gegenstände* ausreichen", ergiebt sich, dass der Besteller seine Pflicht nur dann erfüllt, wenn er mit den zurückgegebenen Gegenständen selbst die Schuldentilgung vornimmt, nicht aber, wenn er diese Gegenstände für sich behält und nur einen Betrag in solcher Höhe, wie er dem Werte der Gegenstände entspricht, zur Befriedigung der Gläubiger verwendet. Im ersten Entwurf (§ 1040 Abs. 3 E. I.) war dies durch die Bestimmung, dass der Besteller „die zurückbehaltenen oder zurückempfangenen Gegenstände mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zur Berichtigung der Schulden zu verwenden" habe (Kipp b. Windscheid I. S. 936, Planck, N. 5 zu § 1085), ausser Zweifel gestellt. Abgesehen davon, dass durch die Bestimmung des B.G.B. eine sachliche Abweichung von dieser Vorschrift offenbar nicht beabsichtigt ist, würde es auch der Billigkeit nicht entsprechen, wenn der Besteller auf die angedeutete Weise sich in den dauernden Besitz der dem Niessbraucher gebührenden Gegenstände setzen könnte. Er würde dann leicht dazu geführt werden, bei der Auswahl weniger das Interesse des Niessbrauchers und des Gläubigers zu berücksichtigen, als seinen Wunsch, ihm selbst besonders wertvolle Gegenstände wieder zurückzuerhalten.

Ausserdem spricht dafür, wie Kipp a. a. O. treffend bemerkt, der Umstand, „dass eine Veräusserung der Objekte und die Befriedigung des Gläubigers mit dem Erlös derselben dem Niessbraucher vorteilhafter sein kann und jedenfalls ein klareres und leichter erweisliches Ergebnis schafft, als die Wertberechnung der zurückgegebenen Gegenstände.

Reichen die zurückgegebenen Gegenstände zur Befriedigung der Gläubiger nicht aus, so kann der Besteller vom Niessbraucher die Uebergabe weiterer Vermögensstücke so lange fordern, bis sämtliche vor der Bestellung entstandene Schulden gedeckt sind. Uebersteigt der Wert der zurückgegebenen Sachen die Höhe der Verpflichtungen des Bestellers, so hat er die nicht erforderlichen Gegenstände resp. den Mehrerlös aus denselben dem Niessbraucher zurückzugeben und an ihnen wiederum den Niessbrauch zu bestellen. (Kipp a. a. O.)

Handelt es sich um Ansprüche der Gläubiger, zu deren Erfüllung der Niessbraucher nach § 1088 Abs. 1 persönlich verpflichtet ist,

so wird das Recht des Bestellers aus § 1087 Abs. 1 dahin beschränkt, dass er die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger nur verlangen kann, wenn der Niessbraucher mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten in Verzug kommt. Erforderlich ist Verzug gegenüber dem Besteller, nicht gegenüber den Gläubigern. Der Besteller muss also den Niessbraucher gemäss § 284 Abs. 1 vergeblich gemahnt haben, oder es muss für die Leistung an die Gläubiger eine Zeit nach dem Kalender bestimmt gewesen sein, welche der Niessbraucher ohne Erfüllung hat verstreichen lassen. (§ 284 Abs. 2.) Liegen diese Voraussetzungen vor, so kommen im übrigen die Vorschriften des § 1087 Abs. 1 auch hier zur Anwendung. Für den Schaden, den der Besteller dadurch erleidet, dass er das Eigentum an den zur Erfüllung der eigentlich dem Niessbraucher obliegenden Verpflichtung aufgeben muss, ist der Niessbraucher ersatzpflichtig. (Kipp b. Windscheid I., S. 938.)

Aus dem obligatorischen Verhältnis zwischen Niessbraucher und Besteller kann eine Verpflichtung des letzteren zum Ersatz der zurückgewährten Gegenstände entspringen. Dieselbe ist nach den besonderen Abmachungen der Parteien oder mangels solcher nach dem Verhältnis der Beteiligten zueinander zu beurteilen.

§ 33.

Die alleinige Berechtigung des Bestellers zur Erfüllung der fällig werdenden Verbindlichkeiten würde weder dem Interesse der Gläubiger noch besonders dem des Niessbrauchers entsprechen, da es einerseits oft leichter sein wird, den geschuldeten Gegenstand vom Niessbraucher als vom Besteller zu erlangen, andererseits der Niessbraucher durch Verzug des Bestellers gefährdet werden könnte. Deshalb ist auch dem Niessbraucher das Recht eingeräumt, innerhalb gewisser Grenzen über die Vermögensgegenstände zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger zu disponieren. (Denkschrift S. 114 f.) Zu diesem Zwecke bestimmt der § 1087 Abs. 2 S. 1:

„Der Niessbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen."

Befindet sich also der geschuldete, individuell bestimmte Gegenstand in dem zum Niessbrauch überlassenen Vermögen, so kann der Niessbraucher denselben den Gläubigern übereignen. Zu dem Vermögen gehört der Gegenstand auch dann, wenn unter mehreren gleichen, im Vermögen befindlichen Gegenständen einer geschuldet ist. Gehört dagegen der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen, das dem Niessbrauch unterliegt, besteht er z. B. in nur

generisch bestimmten Sachen, so muss der Niessbraucher sich, wenn er die Gläubiger befriedigen will, den ihnen geschuldeten Gegenstand erst verschaffen. Hierzu ist er aber nicht unbedingt berechtigt. Er darf vielmehr nur dann

„zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand veräussern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann." (§ 1087 Abs. 2 S. 2.)

Die Befugnis des Niessbrauchers zu dem durch diese Bestimmung gewährten Verfügungsrecht setzt also voraus, dass der Niessbraucher geschädigt werden würde, wenn er auf die Befriedigung des Gläubigers durch den Besteller warten müsste. Eine solche Schädigung kann in der Besorgnis einer drohenden Zwangsvollstreckung oder einer Erweiterung der Verbindlichkeit durch Verzögerung der Leistung seitens des Bestellers gefunden werden. (Biermann, N. b zu § 1087.) So motiviert die Denkschrift die Vorschrift des § 1087 Abs. 2 S. 2 mit den Worten: „Dem Niessbraucher kann in einem solchen Falle nicht zugemutet werden, es darauf ankommen zu lassen, dass der Gläubiger aus einem beliebigen Gegenstande seine Befriedigung sucht." (Denkschrift S. 143.)

Erfährt der Niessbraucher von einer bevorstehenden derartigen Verschlechterung seiner Lage, so wird er regelmässig, bevor er selbständig zur Veräusserung schreitet, den Besteller zur Befriedigung der Gläubiger aufzufordern haben. Erst wenn der Besteller dieser Aufforderung nicht folgt oder nicht folgen kann, oder wenn die Aufforderung, weil sie untunlich oder aussichtslos war, unterblieben ist, kann der Niessbraucher die Veräusserung vornehmen. Denn nur in diesen Fällen kann man sagen, dass „die Befriedigung des Gläubigers durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann ." Die hiernach erfolgenden Veräusserungen des Niessbrauchers muss der Besteller anerkennen. Doch muss der Niessbraucher nach § 1087 Abs. 2 S. 3 bei der Auswahl der zu veräussernden Gegenstände insoweit auf den Besteller Rücksicht nehmen, als er „einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen hat". Als vorzugsweise geeignet sind grundsätzlich solche Gegenstände anzusehen, an deren Erhaltung der Besteller ein möglichst geringes Interesse hat. (Biermann, Anm. b zu § 1087.) Nimmt der Niessbraucher die Veräusserung eines nicht geeigneten Gegenstandes vor, so wird er dem Besteller schadensersatzpflichtig; die Giltigkeit der Veräusserung wird dadurch nicht berührt. Einen Ersatz für den veräusserten Gegenstand kann der Niessbraucher nicht beanspruchen. (Kipp b. Windscheid I. S. 937, Planck, N. 6b zu § 1087.)

Gehören zu dem Niessbrauchsvermögen verbrauchbare Sachen, die in das Eigentum des Niessbrauchers übergegangen sind und für die er gemäss § 1067 nach Beendigung des Niessbrauchs Ersatz ihres Wertes zur Zeit der Niessbrauchsbestellung schuldet, so hat der Niessbraucher diesen von ihm geschuldeten Wertersatz stets vor allen anderen Gegenständen zur Schuldentilgung zu verwenden. Dies ergiebt sich aus der Vorschrift des § 1087 Abs. 2 S. 4:

„Soweit er (der Niessbraucher) zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräusserung nicht vornehmen."

Diese Bestimmung ist richtig dahin zu verstehen, dass der von dem Niessbraucher geschuldete Geldbetrag stets als vor allen anderen Gegenständen zur Schuldentilgung geeignet anzusehen ist. (So Greiff, Biermann, Kipp, Planck, Fischer-Henle. Greiff in Conrads Jahrbüchern, 3. Folge Bd. 7, S. 237; Biermann, N b zu § 1087; Kipp b. Windscheid I. S. 936 f.; Planck, N. 4 zu § 1087; Fischer-Henle, Anm. 5 zu § 1087.)

Endemann, Stobbe-Lehmann, Kober u. a. (Endemann II., S. 415 Anm. 18; Stobbe-Lehmann II. 2, S. 36 N. 31; Kober, Anm. 3 zu § 1087) finden in der Bestimmung des § 1087 Abs. 2 S. 4 „eine wenig glückliche Formulierung des Gedankens, dass der Niessbraucher eine solche Veräusserung (verbrauchbarer Sachen) nicht für Rechnung des Bestellers vornehmen darf, vielmehr auch dann, wenn er diese Sachen zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger veräussert, dem Besteller doch den Wert, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten, nach § 1067 ersetzen muss. Da der Niessbraucher nach § 1067 Eigentümer dieser Sachen .... geworden ist, so hat er natürlich das Recht, sie zu veräussern." (Stobbe-Lehmann a. a. O.)

Würde die Bestimmung den ihr von diesen Schriftstellern beigelegten Sinn haben, so wäre allerdings ihre Formulierung „wenig glücklich", ja, die ganze Vorschrift wäre überflüssig. Denn es ist doch selbstverständlich, dass der Niessbraucher dem Besteller den Wertersatz ohne Rücksicht darauf schuldet, in welcher Weise er mit diesen Sachen verfährt. Da er Eigentümer derselben wird, so kann er sie veräussern, belasten, vernichten, kurz, in jeder möglichen Weise mit ihnen verfahren; auf die Verpflichtung zum Ersatze des Wertes derselben kann irgend eine solche Verfügung keinen Einfluss haben. Daher ist auch die Behauptung Endemanns: „Der innere Grund ist, dass der Niessbraucher für den Wert haftet, den jene Sachen bei der Bestellung hatten; sind sie inzwischen im Kurs gesunken, soll der Schaden ihn treffen und ihm verbleiben", nicht zutreffend. (Endemann a. a. O.) Denn selbst wenn der Niess-

braucher die verbrauchbaren Sachen, wie es wirklich der Fall ist, veräussern darf, so trifft ihn der durch etwaigen Kursrückgang entstehende Schaden auch ohne besondere Vorschrift allein. Er muss dann eben, wenn die erzielte Summe zur Befriedigung des Gläubigers nicht reicht, soviel hinzulegen, dass die Höhe des Wertersatzes erreicht wird. Dem Besteller kann der Preis, zu dem der Niessbraucher die verbrauchbaren Sachen etwa verkaufen würde, ganz gleichgiltig sein.

Diese Auslegung des § 1087 Abs. 2 S. 4 kann daher nicht zutreffend sein. Richtig ist vielmehr die bereits erwähnte, von Greiff, Biermann, Planck, Kipp, wohl auch Dernburg und Cosack (Dernburg, Bürg. R. III., S. 546, Cosack, Bürg. R. II., S. 331) vertretene Auffassung. Wenn das Gesetz sagt:

„Soweit der Niessbraucher zum Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er *eine Veräusserung* nicht vornehmen",

so verbietet es unter der angegebenen Voraussetzung nicht bloss die Veräusserung „verbrauchbarer Sachen", sondern die Veräusserung von Gegenständen des Vermögens überhaupt. Der klare und zweckmässige Inhalt der Vorschrift lässt sich dahin zusammenfassen: Wenn der Niessbraucher dem Besteller zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, so wird dieser Anspruch des Bestellers gegen den Niessbraucher den Gläubigern des ersteren gegenüber sofort fällig. Der Niessbraucher ist daher verpflichtet, bevor er überhaupt irgend einen (nicht nur verbrauchbaren) Gegenstand veräussert, zunächst diesen Wertersatz zur direkten Befriedigung der Gläubiger durch Zahlung oder zur indirekten durch Anschaffung des geschuldeten Gegenstandes und Leistung desselben zu verwenden. Weshalb sollte der Niessbraucher auch Vermögensgegenstände, deren aller Erhaltung doch mehr oder weniger im Interesse des Bestellers liegt, veräussern dürfen, wenn er durch Verwendung des geschuldeten Wertersatzes die Gläubiger nicht nur voll befriedigen, sondern auch das Vermögen des Bestellers unangetastet lassen kann?

Und nicht nur für den Besteller, sondern auch für den Niessbraucher selbst ist die Tilgung der Verbindlichkeiten mit dem Wertersatze, mit dem er den Gläubigern ja doch sofort haftet (§ 1086 S. 2), viel bequemer, als wenn er erst auf dem Wege einer Veräusserung sich die Mittel zur Zahlung der Schuld verschaffen müsste. Endlich werden auch die Gläubiger eine schnellere Befriedigung erwarten können ,wenn der Niessbraucher verpflichtet ist, das dem Besteller geschuldete Geld zu ihrer Befriedigung zunächst zu verwenden. So liegt es im Interesse aller Beteiligten, dass eine Ver-

äusserung von Vermögensgegenständen erst dann in Frage kommt, „wenn der Niessbraucher solchen Wertersatz nicht schuldet oder nicht mehr schuldet, weil derselbe bereits (sc. zur Befriedigung der Gläubiger) verwandt ist." (Kipp a. a. O. S. 937.)

Aus den Worten: „*Soweit* der Niessbraucher zum Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist", lässt sich ein Schluss dahin, dass das B.G.B. nur die Veräusserung verbrauchbarer Sachen treffen will, nicht ziehen. Denn offenbar will das Gesetz damit nur sagen, dass der Niessbraucher, *soweit* er das den Ersatz darstellende Geld zur Befriedigung der Gläubiger verwenden kann, d. h. soweit dieses Geld zur Tilgung der Schulden reicht, *irgend eine* Veräusserung nicht vornehmen darf.

Es erscheint mir die hier vertretene Auffassung so naturgemäss und zweckentsprechend, dass ein Zweifel darüber gar nicht hätte entstehen sollen.

Durch die Verwendung des Wertersatzes zur Schuldentilgung wird der Niessbraucher von der Verpflichtung der Rückgewähr insoweit frei, als er ihn zu diesem Zweck dem Gläubiger überlassen hat. Eine Entschädigung wegen der frühzeitigen Restitution kann er nicht verlangen, da er nach § 1086 hierzu verpflichtet ist.

Verwendet der Niessbraucher zur Bezahlung vor der Bestellung entstandener Schulden des Bestellers Mittel seines eigenen Vermögens, so kann er Ersatz nur auf Grund der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) verlangen. (Kipp a. a. O. S. 937.) Der Besteller wird aber die hierauf gegründeten Ansprüche meist dadurch zurückweisen können, dass er den animus obligandi des Niessbrauchers bestreitet (§ 685 Abs. 1) oder darauf hinweist, dass der Niessbraucher durch die Leistung aus Mitteln seines Vermögens sich die Niessbrauchsobjekte erhalten habe, auf welche die Gläubiger und der Besteller hätten zurückgreifen können, und deshalb Erstattung nicht verlangen könne. Befriedigt der Niessbraucher einen die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger, so geht die Forderung desselben nach § 268 auf ihn über. Dieser Uebergang der Forderung hat, obgleich der Besteller den Niessbraucher nach § 1086 zwecks seiner Befriedigung auf die Niessbrauchsobjekte verweisen kann, insofern für diesen Bedeutung, als er dadurch die Zwangsvollstreckung in eine Sache, deren Verlust ihm besonders unangenehm wäre, verhindern kann.

§ 34.

Eine Verpflichtung des Niessbrauchers, die Schulden des Bestellers zu tilgen, besteht diesem gegenüber in der Regel nicht. Nur wenn der Niessbraucher vertragsmässig die Schulden des

Niessbrauchsvermögens übernommen hat, kann der Besteller die Berichtigung derselben von ihm verlangen. (Denkschrift S. 143.) Auch ohne eine solche Uebernahme ist der Niessbraucher dem Besteller gegenüber zur Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten verpflichtet, die ihn nach § 1088 Abs. 1 persönlich haftbar machen. Denn da diese Ansprüche als aus den Nutzungen des Vermögens zu bestreitende Lasten gelten, so kann der Besteller, wenn er wegen solcher Ansprüche von den Gläubigern belangt wird, hierfür Ersatz vom Niessbraucher fordern. Wegen seiner hieraus sich ergebenden Ansprüche gegen den Niessbraucher ist er dadurch gesichert, dass er, wenn der Niessbraucher mit seiner Verpflichtung in Verzug kommt, Rückgabe der erforderlichen Gegenstände verlangen kann. (§ 1088 Abs. 3 S. 2.)

Alle diese Vorschriften finden auch für den Niessbrauch an einer Erbschaft, sowie an einem Teile der Erbschaft Anwendung. Im letzteren Falle sind die Verpflichtungen und Berechtigungen des Niessbrauchers und des Bestellers nach Verhältnis der Erbschaftsquote zu bemessen. Sind mehrere Miterben vorhanden und wird der Niessbrauch an dem einem Miterben zustehenden Bruchteil der Erbschaft bestellt, so bestimmen sich die Rechte des Niessbrauchers bezüglich der dem Niessbrauch unterliegenden Sachen nach § 1066, wonach der Niessbraucher die dem Miterben auf Grund der Erbengemeinschaft in Ansehung der Verwaltung und Benutzung der Sachen zustehenden Rechte ausübt. Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so erwirbt der Niessbraucher den Niessbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten. § 1066, Abs. 3. Bezüglich der sonstigen, dem Miterben zustehenden Rechte, insbesondere der Forderungen, finden die gewöhnlichen Vorschriften Anwendung.

VI. Rechte und Pflichten des Vermögensniessbrauchers.

§ 35.

Das B.G.B. hat über die Rechte und Pflichten des Vermögensniessbrauchers besondere Vorschriften nicht getroffen. Es sind daher grundsätzlich die diesbezüglichen Bestimmungen über den Niessbrauch an einzelnen Gegenständen zur Anwendung zu bringen. Insbesondere ist der Niessbraucher zum Besitz der beweglichen Sachen berechtigt; bei der Ziehung der Nutzungen ist er nur insofern beschränkt, als er die wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft zu verfahren hat. (§ 1036.) Unverzinsliche

Forderungen darf er allein, verzinsliche nur in Gemeinschaft mit dem Besteller einziehen. (§§ 1074, 1076 ff.) Dagegen ist er verpflichtet, für die Erhaltung der Niessbrauchssachen in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen (§ 1041) und eine Veränderung oder wesentliche Umgestaltung derselben zu unterlassen (§ 1037, Abs. 1).

Diese Bestimmungen reichen aber für die Begrenzung der Rechte und Pflichten des Niessbrauchers eines ganzen Vermögens nicht aus. Denn wie schon bei der Besprechung dieser Frage nach römischem Rechte hervorgehoben wurde, verlangt die zweckmässige Ausübung des Niessbrauchs an einer Gesamtheit von Gegenständen eine erweiterte Befugnis des Berechtigten zur Einwirkung auf die einzelnen Bestandteile derselben.[1])

„Besonders ein Vermögensniessbrauch", sagt Kohler (Kohler a. a. O. S. 239), „ist kaum denkbar, ohne dass Vermögensobjekte ausgeschieden und neue Sachen substituiert werden; in jedem Vermögen giebt es res inutiles, res onerosae, deren alsbaldige Veräusserung nottut, soll die Vermögensverwaltung überhaupt eine wirtschaftliche und gedeihliche sein; überall giebt es Stücke, die den Anforderungen der Zeit nicht mehr entsprechen, die ersetzt werden müssen, wenn nicht das Ganze Schaden leiden soll; ja, es giebt Dinge, die positiv nachteilig wirken würden, wenn man sie nicht entfernte." Diese treffenden Worte zeigen die dringende Notwendigkeit, die Befugnisse des Vermögensniessbrauchers auch auf die Veräusserung überflüssiger oder schädlicher Vermögensbestandteile auszudehnen. Trotzdem haben es die Verfasser des B.G.B. nicht für nötig gehalten, eine besondere Bestimmung hierüber zu treffen. Die Motive (Motive III. S. 512) begründen dies mit den Worten: „Das B.G.B. hat keine die Vorschriften des § 1048 ausdehnende Bestimmung aufgenommen. Wenn ein Inbegriff beweglicher Sachen den Gegenstand des Niessbrauchs bildet, welcher in seinen Bestandteilen dem Wechsel unterworfen und nach wirtschaftlichen Grundsätzen in seinen Abgängen zu ergänzen ist, so muss zunächst der Wille der Beteiligten ermittelt werden, ob nicht ein uneigentlicher Niessbrauch beabsichtigt ist. *Ist ein solcher Wille der Parteien nicht anzunehmen, so bleibt nicht ausgeschlossen, das den Vorschriften des* § 1048 *zu Grunde liegende Prinzip als vereinbart anzusehen,* oder auch aus jener Vorschrift ein *höheres Prinzip* zu entnehmen und dasselbe im Wege der *Rechtsanalogie* auf nicht unmittelbar durch die Vorschrift getrof-

[1]) Diese ganze Frage ist von Kohler in erschöpfender und bahnbrechender Weise erörtert worden in Iher. Jahrbüchern, Bd. 24, S. 181 ff.

fene Fälle anzuwenden. Jedenfalls sind die Fälle des eigentlichen Niessbrauchs an einem Inbegriffe beweglicher Sachen mit wechselndem und ergänzungsbedürftigem Bestande so selten und bieten der näheren Bezeichnung so viele Schwierigkeiten, dass besser von der Aufnahme einer gesetzlichen Bestimmung über diese Fälle abgesehen wird."

Diese Begründung kann die Nichtaufnahme einer das Dispositionsrecht und die Summissionspflicht für den Vermögensniessbrauch statuierenden Vorschrift nicht rechtfertigen. Denn der Niessbrauch an einem Vermögen, das auch einen Inbegriff der von den Motiven gedachten Art darstellt, wird besonders von Todes wegen häufig genug bestellt, um eine besondere Regelung der Rechte und Pflichten des Niessbrauchers wünschenswert zu machen. Die Verweisung auf den uneigentlichen Niessbrauch aber kann derartige Bestimmungen nicht entbehrlich machen. Denn es ist nicht anzunehmen, dass der Besteller des Vermögensniessbrauchs eine vollständige Entäusserung der Sachen, wie sie der uneigentliche Niessbrauch mit sich bringt, beabsichtigt, die ihm ausserdem anstatt seines dringlichen Rechts nur einen obligatorischen Restitutionsanspruch gewähren würde. (Kohler a. a. O. S. 190.) Da aber das B.G.B. keine besonderen Bestimmungen enthält, so müssen wir, der Andeutung der Motive folgend, den § 1048 analog auch auf den Vermögensniessbrauch anwenden. Demnach ist also der Vermögensniessbraucher befugt, über die einzelnen Vermögensgegenstände innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft zu verfügen (§ 1048 S. 1). Durch die Hinweisung auf die Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft ist die Grenze der Veräusserungsbefugnis des Vermögensniessbrauchers genügend bestimmt. Veräusserungen, die er entgegen dieser Vorschrift macht, verpflichten ihn dem Besteller gegenüber zum Schadensersatze; der gutgläubige Erwerber der veräusserten Gegenstände erwirbt das Eigentum an ihnen gemäss § 932. Dagegen ist der Vermögensniessbraucher verpflichtet, für den gewöhnlichen Abgang, sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen (§ 1048 Abs. 1 S. 2). Die Anschaffung muss in dem Zeitpunkte erfolgen, in dem sie wegen Abganges oder Unbrauchbarkeit anderer Gegenstände wirtschaftlich geboten erscheint, nicht etwa erst im Moment der Restitution. Mit der Einverleibung in das Niessbrauchsvermögen werden die angeschafften Stücke Eigentum des Bestellers, während der Niessbraucher den Niessbrauch an ihnen erlangt.

VII. Beendigung des Vermögensniessbrauchs und Restitution des Niessbrauchsvermögens.

§ 36.

Die Beendigung des Vermögensniessbrauchs tritt nach denselben Regeln ein, wie die des Niessbrauchs an den einzelnen Gegenständen. Demgemäss erlischt er vor allem durch den Tod des Berechtigten (§ 1061), ist der Berechtigte eine juristische Person, nicht, wie im römischen Recht, nach hundert Jahren, sondern mit dem Erlöschen dieser selbst. An unverbrauchbaren Sachen erlischt der Niessbrauch ferner durch Untergang derselben, nicht aber durch deren wesentliche Umgestaltung. Dies geht hervor aus § 1037 Abs. 1, welcher zwar den Niessbraucher für nicht berechtigt erklärt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern, aber nichts davon sagt, dass hierdurch der Niessbrauch endige. Eine Ausnahme hiervon ist nur dann anzunehmen, wenn die Niessbrauchsache durch die Umgestaltung ohne Belastung aus dem Eigentum des bisherigen Proprietars ausscheidet, wie dies z. B. bei der Verarbeitung der Fall ist. Der Niessbrauch an beweglichen Sachen erlischt auch durch Konsolidation (§ 1063), dagegen endet der Niessbrauch an einem Grundstücke nicht dadurch, dass er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft (§ 889). Der Niessbrauch endigt ferner selbstverständlich durch Verzicht, welcher bei dem Niessbrauch an Grundstücken durch Erklärung gegenüber dem Besteller oder dem Grundbuchamt und durch Löschung im Grundbuch (§ 875), sonst durch formlose Erklärung (§ 1064) erfolgt.

Nach der Beendigung des Niessbrauchs hat der Niessbraucher das Vermögen dem Besteller oder dessen Erben zu restituieren. Statt der verbrauchbaren Sachen hat er deren Wert zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs zu ersetzen (§ 1067). Die übrigen Gegenstände hat er grundsätzlich in natura zu restituieren. Die massgebende Norm für den Umfang des zu restituierenden Vermögens bildet ein nach § 1035 aufgenommenes Vermögensverzeichnis, für die Beschaffenheit der einzelnen Sachen eine nach § 1034 erfolgte Feststellung des Zustandes der Niessbrauchssachen durch Sachverständige. In Ermangelung solcher Festsetzung dürfte für die Restitution das Prinzip den §§ 591 und 1055 Abs. 2 zu entnehmen sein, d. h. der Niessbraucher muss das Vermögen so zurückgewähren, wie es sich nach fortgesetzter ordnungsmässiger Verwaltung darstellen muss. Sind einzelne Gegenstände zufällig untergegangen oder verschlechtert, so ist die Ersatzpflicht des Niessbrauchers bezüglich derselben aufgehoben oder eingeschränkt (§ 1050). Besondere Rücksicht ist bei der Restitution des Ver-

mögens auf das Dispositionsrecht und die Summissionspflicht des Niessbrauchers zu nehmen. Die im Wege einer ordnungsmässigen Wirtschaft veräusserten Objekte können naturgemäss nicht restituiert werden, wohl aber hat der Besteller Anspruch auf Rückgewähr des Ersatzes, der für abgängige und unbrauchbare Sachen angeschafft worden ist. Es liegt darin eine dem Vermögensniessbrauch eigentümliche Erweiterung der Bestimmung des § 1050:

„Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmässige Ausübung des Niessbrauchs herbeigeführt werden, hat der Niessbraucher nicht zu vertreten."

Nur unter Berücksichtigung dieser besonderen Verhältnisse wird sich immer eine Besteller und Niessbraucher befriedigende Abwickelung der Restitutionsverbindlichkeit ermöglichen lassen.